بحث محكم

عقد الكفالة وتطبيقاته الحديثة

إعداد

د. عبدالسلام بن محمد الشويعر

* أستاذ الفقه المشارك بكلية الملك فهد الأمنية بالرياض.

المقدمة

الحمد لله، والصلاة والسلام على نبينا محمَّد وعلى آله وصحبه أجمعين، أما بعد:

فهذا بحث بعنوان (عقد الكفالة وتطبيقاته الحديثة) تحدثتُ فيه عن أحدِ العقود التي يكثرُ التعامل بها في التعاملات التجارية والقضائية.

وأعني بالتطبيقات الحديثة أمرين:

أحدهما: التنظيمات التي سُنت لترتيب هذا النوع من العقود، وخصصتها بالأنظمة في المملكة فقط.

الثاني: الصُّور الحديثة والمعاصرة للكفالة بغير صورتها التقليدية.

ولا أزعمُ أني أتيتُ بجديد في هذا البحث، وقد قيل: (مَا ترك الأول للآخر شيئاً). لكني أرجو أن أكون قد قدمتُ في هذا البحث عَرضاً وتقسيماً وتخريجاً اجتهدتُ فيه، ولعلَّه أن يكون أقربَ تناولاً بهذا العَرض، ليكون ممَّا ترك الأول!

وقد عُنيتُ بأمرين خاصة؛ أحدهما: آراء فقهاء الحنابلة مِن غير إغفالٍ لرأي غيرهم من فقهاء المذاهب المتبوعة. والثاني: مَا عليه العمل ونصَّت عليه الأنظمةُ واللوائح والتعاميم في المملكة في مسائل الكفالة.

وقد حرصتُ ألا أُكثر مِن المراجع مكتفياً في الغالب بمرجع واحد لُكلِّ مذهب من المذاهب الأربعة على أن يكون من الكتب المعتمدة عند المتأخرين.

وقد جعلته في مبحثين :

١ - المبحث الأول : الكفالة في الشريعة الإسلامية ، وفيه ستة مطالب .

١ - ١ - أنواع الكفالات ، وخصائصها .

١ - ٢ - اختصاص عقد الكفالة ، وأثرها .

١ - ٣ - شروط الكفالة .

١ - ٤ - رجوع الكفيل على المَدِين إذا أدَّى عنه .

١ - ٥ - حبس الكفيل .

١ - ٦ - مُسقطات الكفالة ، وانقضاؤها .

٢ - المبحث الثاني : بعض التطبيقات العصرية لعقد الكفالة ، وفيه خمسة مطالب .

٢ - ١ - الكفالات المصرفية .

٢ - ٢ - التأمين .

٢ - ٣ - كفالة الاستقدام .

٢ - ٤ - الكفالة بإيداع مبلغ من المال .

٢ - ٥ - الكفالة بضمان مكان الإقامة .

أسأل الله التوفيق والسداد .

تمهيد

جاءت الشريعةُ الإسلامية بتسميةِ مجموعةٍ من العقود التي يتعامل بها الناس في معاشهم، وفَصَّلَتْ أحكامَها، وأكثَرَ الفقهاءُ من دراستها والتفريع عليها.

وَهَذه العُقُود هي الأصل في العقود عموماً حتى إنَّ غَالب الفقهاء يرون أنَّ مَا عداها مِن العقود إنما هو في الحقيقة رَاجعٌ إليها، ومُخرَّج عليها، ولا يمكن أن يشذَّ عقدٌ من العقود فيكون خارجاً عن قاعدة القياس فيها(١).

لذا نرى غالبَ الفقهاء -قديماً وحديثاً- يُكيِّفُونَ العقود المُستحدَثةَ والمُستجدة بأنها عقودٌ راجعة لهذه العقود، أو مركَّبةٌ من مجموعٍ منها (عقدين أو أكثر).

وهذا البحث يتطرَّق لأحدِ هذه العقود وهو عقد الكفالة، محاولاً تقديمَه بصورة تجمع بين آراء الفقهاء ومَا عليه العملَ في المملكة، كما سأُبَيّن بَعضاً مِن العقود المتفرعة عنه من الصور المستحدثة مما يصدق عليها أنها (عقود غير مسماة).

١ - الكفالة في الشريعة الإسلامية:

«عقدُ الكفالة» هو أحدُ عقود الاستيثاق(٢)، التي جَاءت بها الشَّريعةُ الإسلاميةُ، وقد كانت مَعروفةً مِن قَبلُ عند الأمم السابقة؛ فقد حَكَى الله تعالى في قصة يوسف -عليه

(١) راجع مثالاً: إعلام الموقعين ٢/١٩.

(٢) في تسمية (الكفالة) عقداً نزاع لفظي بين الفقهاء؛ حتى قال بجيرمي: «وفي كونه عقداً مسامحة؛ لعدم احتياجه للقبول، فأطلق الكلَّ على جُزئه وهو الإيجاب. والالتزام المتقدم ناشئ عن العقد، فالضمان مشترك بين العقد وأثره» [حاشية البجيرمي ٣/٢٥].
وهذا بناءً على المعنى الخاص للعقد الذي يَشترط وجود متعاقدين متقابلين، لكن للفقهاء توسع في ذلك كما ذكره ابن عقيل في (الواضح ١/١٣٨). وانظر: [الكفالة والحوالة د.عبد الكريم زيدان ص ١٢٤].

السلام- أنه قال: ﴿قَالُوا نَفْقِدُ صُوَاعَ الْمَلِكِ وَلِمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾ [يوسف: ٧٢]؛ أي كفيل(٣).

وَقَد بَيَّن النبي ﷺ مَشروعيةَ الكفالة في غَير مَا حَديث؛ فمن ذلك ما روى الإمام أحمد وأهلُ السُّنن أن النبي ﷺ قال: «الزَّعيم غارم»(٤). وروى ابن ماجه عن ابن عباس رضي الله عنه أن رجلاً لزم غريماً له بعشرة دنانير على عهد رسول الله ﷺ، فقال: «مَا عندي شيءٌ أعطيكه»، فقال: «لا والله لا أفارقكَ حتى تقضيني، أو تأتيني بحَمِيلٍ»، فجرَّه إلى النبي ﷺ، فقال له النبي ﷺ: «كم تستنظرُه؟»، فقال: «شَهراً»، فقال رسول الله ﷺ: «فأنا أحمل له».. الحديث(٥).

والمقصود مِن عقدِ الكفالة الاستيثاقُ للحقِّ، وهي أحدُ صُور الضَّمان الشَّخصِي والعَيني التي يَتَعَامل بها الناس، ويَحتاجونها، وتُعتبرُ إجراءً تحفظيّاً في حَالة وجود حقٍّ أو مطالبة.

وَهِي مُشتقَّةٌ من الكِفْل؛ وهو ضَمُّ الشيء للشيء حتى يكون ضِعفاً، كما قال الله تعالى: ﴿يُؤْتِكُمْ كِفْلَيْنِ مِن رَّحْمَتِهِ﴾ [الحديد: ٢٨]، وقيل: إنه النصيب. وقال في «لسان العرب»(٦): الكافل العائل، وفي التنزيل: ﴿وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا﴾ [آل عمران: ٣٧].

ويُسمَّى الملتزم بعقدِ الكفالة ضَامناً، وضميناً، وحميلاً، وزعيماً، وكافلاً، وكفيلاً، وصبيراً، وقبيلاً(٧).

(٣) انظر: تفسير الطبري ١٣/ ٢٠، ونقلَه عن ابن عباس رضي الله عنهما ومجاهد وغيرهما.
(٤) رواه الإمام أحمد (٥/ ٢٦٧)، وأبو داود (٣٥٦٥)، والترمذي (١٢٦٥)، وابن ماجه (٢٤٠٥) من حديث أبي أمامة رضي الله عنه. قال الذهبي في (السير ٨/ ٣٢٣): «هذا إسناد قوي».
(٥) رواه ابن ماجه (٢٤٠٦)، والحاكم (٢٢٢٨) وقال: «هذا حديث صحيح على شرط البخاري لعمرو بن أبي عمرو والدراوردي على شرط مسلم ولم يخرجاه».
(٦) لسان العرب ١١/ ٥٨٨.
(٧) قال الماوردي: العرف جار أن الضمين في الأموال، والحميل في الديات، والزعيم في الأموال العظام، والكفيل في النفوس، والصبير في الجميع [مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٢/ ١٩٨].

وَلا يكاد المعنى الاصطلاحي الفقهي يخالف هذا المعنى اللغويَّ كثيراً؛ ولكن بقيودٍ وحدودٍ للمعنى اللُّغوي حيث ينتقل إلى معناه الاصطلاحي.

ولا بُدَّ قبل الخوض في المَعنى الاصطلاحي الفقهي للكفالة، وبيان أحكامِها.. لابُدَّ مِن التقديم بذكرِ أنواعِ الكفَالة؛ ليتَّضِحَ المعنى جَلِياً(٨).

١ - ١ - أنواع الكفالات، وخصائصها:

في هذا المبحث سأذكر أنواع الكفالات، وتعريف كُلٍّ منها، وخصائص كُل نوع من هذه الأنواع.

للفقهاء طريقتان في تعديد أنواع الكفالة. وسأسير على تقسيمها إلى ثلاثة أنواع لِما في هذا التقسيم مِن مزيد الإيضاح والتبيين، ولا مُشَاحَّةَ في الاصطلاح والتقسيم، فقد ذكر بعضُ الفقهاء أن الكفالة على ثلاثة أنواع(٩):

١ - ١ - ١ - النوع الأول: الكفالة بالمال.

١ - ١ - ٢ - النوع الثاني: الكفالة بالنفس. أو الكفالة بالوجه.

١ - ١ - ٣ - النوع الثالث: كفالة الطلب.

وسأفرد كُلاً منها بحديث منفصل على سبيل الاختصار.

وأكثر الفقهاء يجعلون الكفالةَ نوعين فقط (وهما الأول والثاني)، ويدخلون النوع الثالث في النوع الثاني.

ولا شكَّ أن التنويع يُسَهِّلُ الفهم؛ لذلك سرت على ذلك، والمؤدَّى واحد.

(٨) وذلك أن كثيراً ممَّن يُعرِّف (عقد الكفالة) إنما يعرفها بأحد أنواعها وهي (الكفالة المالية)؛ لذلك حَسُنَ تقديم أنواع الكفالة على تعريفها.

(٩) هذا تقسيم البعض؛ كالمالكية [بلغة السالك ٢/ ١٥٥، الشرح الكبير ٣/ ٣٤٦]، وغيرهم.

١ - ١ - ١ - أما النوع الأول: فهو الكفالة بالمال.

وَهذا النوعُ مِن الكفالة هُو ما يُطلَقُ عليه في كثيرٍ من اللوائح والأنظمة السُّعودية (الكفالةَ الغُرمية)، وسنسير على تسميته الفقهية بـ(الكفالة بالمال).

وقد عُرِّف «عقد الكفالة بالمال»(١٠) بأنه: «ضَمٌّ ذمَّة الضَّامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق»(١١).

ومِن هذا التعريف يمكننا أن نخرُجَ بتصوُّرٍ عن هذا النوع من العقود -عقدِ الكفالة بالمال- يَشمَلُ الصِّفات والخصائص الأساسية له، والتي تميزه عن غيره من العقود؛ فدونك تلك الصفات:

أولاً: أن عقد الكفالة المالية ضَمٌّ الذمتين لبعضٍ في المطالبة، وفي ثبوت الحق أيضاً.

فتشتغل ذمةُ الأصيل -المكفول-، وذمةُ الكفيل مَعاً بالحقِّ المكفول به؛ ويُوضِحُ ذلك قولُهم «في التزام الحق». . وَيترتب على ذلك أمور متعددة؛ منها:

١) أن لصاحب الحقِّ أن يُطالِبَ أيّاً منهما (المكفول، أو الكفيل) ابتداءً. سواء أعَجِزَ المكفولُ، أم لم يعجز. قال في «المغني»(١٢): «فيثبتُ الدَّينُ في ذمتهما جميعاً، ولِصَاحب الحقِّ مُطالبةُ مَن شاء منهما».

٢) أن دينَ الكفالة يَثبتُ في ذِمَّة الكفيل حتى بعدَ موته، فلا تسقطُ الكفالة بعد مَوتِ

(١٠) يلحظ هنا أن بعض الفقهاء يعبِّر بباب الضمان ويقصد به (الكفالة)، وأما ضمان المتلفات فإنهم يذكرونه في باب الجنايات. ويخصُّون اسم (الكفالة) بكفالة البدن دون المال، ولا مشاحة في الاصطلاح.

(١١) المغني لابن قدامة ٧/٧١. المطلع للبعلي ص ٢٤٩. الدر النقي لابن عبد الهادي ٢/٥٠٨.
وهو التعريف المختار في قرار مجمع الفقه الإسلامي ذي الرقم ١٤٨ (١٦/٦).

(١٢) المغني، لابن قدامة ٧/٧١. وهذا هو مذهب الجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة [حاشية ابن عابدين ٤/٢٥١، روضة الطالبين ٣/٤٩٦].
ويرى المالكية [الشرح الصغير ٢/١٥٨]، وابن القيم من الحنابلة [إعلام الموقعين ٣/٣٩٨] أنه لا يجوز للدائن مطالبة الكفيل إلا إذا عجز المدين، وإليه يتجه الكثير من الأنظمة العربية وغيرها.

الكفيل، بل تبقى في ذمته وتُخْرَج مِن تركتِه؛ لأن ذمتَه مشتَغلَةٌ في التزام هذا الحقّ.

٣) أن الكفالةَ المُطلَقَةَ تشمل الديونَ الثابتة في ذمَّةِ المَدين الأصلي الحالَّةَ، وتشمل أيضاً المستقبَلَة مَا دَامَت تؤول إلى اللُّزوم(١٣).

ثانياً: أن عقد الكفالة ضَمٌّ للذمتين. فلا يُشترَطُ رِضَا المَكفُول له (صاحب الحق)، لصحَّة هذه الكفالة، فتكون الإرادةُ في (عقد الكفالة) إرادةً منفردةً من الكفيل وحدَه.

ثالثاً: أن التعبير بـ«الحق» شاملٌ لجميع الحقوق؛ فالكفالةُ بالمال، كما تكون في الدُّيون، وهو الأصل، تصحُّ أيضاً الكفالة بالأعيان المضمونةِ بنفسها؛ وهو ما يجب تسليمه بعينه، فإن هلك ضمن مثلَه إن كان له مثل، أو ضمن قيمته إن كان له قيمة(١٤).

رابعاً: يتضح لنا مِن خصائصِ هذا العقد أن عقدَ الكفالة المالية عقدٌ جائز الابتداء. وهذا باتفاق أهل العلم أن الكفالة عقد جائز في الابتداء. لكنه يَؤول إلى اللُّزوم بعدَ عَقده، فلا يجوز للكفيل التراجعُ عنه إذا انعقدت الكَفَالةُ صَحيحةً، إلا بالوسائل التي تُنهِي الكفالة؛ وسيأتي ذكرها.

خامساً: عقدُ الكفالة يُعدُّ من عقود التبرع؛ لأنَّه ضمٌّ ذمة إلى ذمَّة.. وأخذ الأجرة على الذمَّة والجاه ممنوعٌ، وحُكي اتفاقاً(١٥).

لذا نجد بعض العلماء حكى الاتفاق على أنه لا يجوز أخذ العوض مقابل الكفالة(١٦).

وهذا النوع من الكفالات (الكفالة بالمال) لا خلاف بين فقهاء الشريعة بجوازها حسب

(١٣) حاشية ابن عابدين ٤/٢٦٥، بلغة السالك ٢/١٥٥، المهذب ١/٤٤٨، المغني ٧/٧٢.
(١٤) وهذا هو مذهب الحنابلة، والحنفية [كشاف القناع ٣/٣٧٤، فتح القدير، لابن الهمام ٦/٢٨٤]. خلافاً للشافعية الذين لا يجيزون ضمان الأعيان [مغني المحتاج ٢/٢٠٢].
(١٥) قال في (الفواكه الدواني ٢/٩٤): «ما يؤخذ على الجاه حرامٌ باتفاق». ونقله غيرُه أيضاً.
(١٦) ممن حكاه أبو بكر ابن المنذر في (الإشراف ١/١٢٠ ط: قطر)، ثم حكى عن إسحاق بن راهوية مَا يفهم منه أنه خالف في هذا الإجماع.
وممن حكى الإجماع أيضاً ابن القطان في (الإقناع لمسائل الإجماع ٢). وغيرهم [مواهب الجليل ٥/١١٣].

التفصيل السابق في بعض جزئياتها(١٧).

١ - ١ - ٢ - النوع الثاني من أنواع الكفالة: (الكفالة بالنفس).

وهذه الكفالة تكون خاصَّةً بالنفس، وحسب القسمة الثلاثية لأنواع الكفالة (التي سبق ذكرها) يُمكن تخصيص هذا النوع من الكفالة بما يُعرف في بعض اللوائح والأنظمة السعودية بـ(الكفالة الحضورية الغرمية).

وتُسمَّى عند بعض الفقهاء «كفالةَ الوَجْه»(١٨)، أو (كفالة البدن). وتقوم فكرة هذه الكفالة على أن يقوم الكفيل بإحضار المكفول الذي عليه الحقّ، فإن لم يحضره ضمِن ما عليه مِن حقوق مالية. وهي من العُقُود الجائزةُ شرعاً عند جمهور الفقهاء؛ إلا خلافاً ضعيفاً ممن لم يصححها(١٩).

وقد عُرِّف (عقدُ الكفالة بالنفس) بأنه: «التزامٌ بإحضار مَن عليه حقٌّ مالي إلى ربِّه، مع كونه كفيلاً بالمال عنه»(٢٠).

أو بتعبير أوضح موافق للإجراءات النظامية يُقال: إنه «التزام الكفيل بإحضار المَدين المكفولِ إلى الدائن المكفول له، أو إلى مجلس التحقيق، أو إلى مجلس القضاء، في المكان والزمان المحددين في الاتفاق»(٢١).

وللكفالة بالنفس (الكفالة البدنية) سِمَاتٌ، ومبادئ يحسن التنبيه إليها؛ منها:

١ - أن عقد الكفالة البدنية عقدٌ جائزٌ في ابتدائه فهو (عَقدٌ رِضَائي)، لكنَّه لازمُ الانتهاء،

(١٧) انظر: موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي د. سعدي أبو جيب ٢/ ٩٣٩.
(١٨) انظر: روضة الطالبين ٤/ ٢٥٤.
(١٩) لم يخالف إلا الظاهرية [المحلى ٥/ ١١٩]، وبعض الشافعية [المهذب ١/ ٣٤٢].
(٢٠) منتهى الإرادات ٢/ ٤٣٥، كشاف القناع ٣/ ٣٧٥. قال ابن أبي موسى [الإرشاد ص ٣٣١]: (الكفيل بالنفس كفيلٌ بالمال).
(٢١) الكفالة في الفقه الإسلامي وبعض القوانين العربية، د. بهاء الدين العلايلي ص ٦٧.

فلا يجوز التراجع عنه بعد إبرامه إلا بأحد طُرُق الفسخ التي ستأتي.

٢ - أن عقد الكفالة البدنية خاصةٌ بالحقوق المالية فقط، دون قضايا الحدود والقصاص؛ وذلك على رأي جمهور الفقهاء -وستأتي المسألة-.

٣ - أن الكفيل بالبدن إن لم يُسلِّم المكفولَ بالبدن إلى المكان المحدَّد حسَب عقد الكفالة، أو امتنعَ عَن إحضاره فإنه يَضمَنُ مَا عَلَى المكفول، فيؤدِّي مَا عَليه مِن حقٍّ؛ مثلَ الكفالة المالية. سواءٌ أكان يَعلمُ مكانه، أم لا يعلمُه، وذلك بعد إمهاله المدَّة المناسبة لإحضاره.

ويَستثنى من إثبات الضَّمان على الكفيل حالتان:

١) أن يشترط الكفيلُ البراءةَ من ضمانِ الدَّين حَالَ عقدِ الكفالة؛ فإنه في هذه الحال لا يَلزمُهُ الضَّمان في هذه الحالة (وهذه الصورة هي التي سأفردُها بالبحث في النوعِ الثالث «ضمان الطلب»).

٢) أن تكون هناك ظروفٌ قاهرةٌ تمنعُ مِن إحضار المكفول في كفالةِ البَدن خارجةٌ عن إرادة الكفيل، بحيث لا يكون هناك تفريط من جانبه؛ فإنه لا يضمَن والحالة هذه، هذا رأي لبعض الفقهاء، ولكن المشهور من مَذهب فقهاء الحنابلة والمالكية أنه يضمن في هذه الحال ولا يُنظر للظروف(٢٢).

وقد أخذ بالرأي الأول -وبه قال فقهاء الحنفية والشافعية، وهو عدم التضمين- بعضُ الأنظمة العربية(٢٣).

---

(٢٢) هناك خلاف بين الفقهاء حين يتعذر على الكفيل في كفالة النفس إحضارُ المكفول، وعجَزَ عن ذلك هل يلزمه الضمان أم لا ؟. ومذهب فقهاء الحنابلة والمالكية أنه يضمن ويؤدِّي عنه [الفروع ٤/ ٢٥٠، شرح المنتهى ٢/ ٢٥٤، حاشية الدسوقي ٣/٣٤٥] .
- وذهب فقهاء الشافعية والحنفية إلى أنه لا يضمن في هذه الحال، ويحبس الكفيل حتى يُحضرَهُ؛ إلا أن يعجز [حاشية ابن عابدين ٤/ ٢٥٦، نهاية المحتاج ٤/ ٤٥٠].

(٢٣) الكفالة في الفقه الإسلامي وبعض القوانين العربية، د. بهاء الدين العلايلي ص ٧١.

١ - ١ - ٣ - النوع الثالث من أنواع الكفالة: كَفالةُ الطَّلَب.

وَهذا النوع من الكفالات (كفالة الطلب) يُغفِلُ كثير من الفقهاء إفرادَها بالتقسيم؛ بسبب اعتبارها نوعاً من أنواع عقد الكفالة بالنفس، فتُذكر ضمن الحديث عن الكفالة بالنفس(٢٤). فتعدُّ عندهم (كفالةً بالنفس مع شَرطِ عدم الضَّمان»(٢٥).

وهذا الشكل من أشكال عقود الكفالة هو ما اصطلح عليه في بعض اللوائح والتطبيقات السعودية بـ(الكفالة الحضورية).

ولابُدَّ مِن ملاحظة أن اشتراَطَ عدمِ الضمان قد يكون:

أ - صريحاً باللفظ في العقد؛ كقوله: «على ألا أضمن ما عليه». ب- وقد يكون عُرفياً؛ كما لو تواضَعَ الناسُ على تسمية هذا النوع مِن الكفالات باسمٍ مُعيَّن يُقصَد به هذا الشَّرط؛ يخالِف النوع السَّابق الذي يُلزم بالإحضار والضمان معاً؛ كفرقهم بين (الكفالة الحضورية)، و(الكفالة الحضورية الغُرمية)، فإن هذا مُشعرٌ باشتراط عدم الضمان في النوع الأول.

وقد عُرِّفت (كفالةُ الطَّلَب) بأنها: «التزامُ طَلَبِ مَن عليه الحق وَالتفتيشُ عليه إن تغيَّبَ، ثم يَدلُّ عَلَيه رَبَّ الحقِّ»(٢٦).

كذا عرَّفها بعض فقهاء المالكية، وجعلوا لها خصائص محددة قد لا نحتاج الخوض

---

(٢٤) يُلحظ هنا أن المالكية والحنابلة هم من يتخرج عندهم هذا النوع من الكفالة، أما الحنفية والشافعية فإن لها حكم الكفالة بالبدن ولا فرق. -كما في الحاشية في السَّابقة-.

(٢٥) فقه البيع والاستيثاق والتطبيق المعاصر، علي السالوس ٢/١٣٥٩.

قال ابن أبي موسى في (الإرشاد ص ٣٣١): «وحميل الوجه ضامن للمال إن لم يأتِ به إلا أن يشترط أن لا مال عليه، فلا يلزمه المال قولاً واحداً».

قال في (كشاف القناع ٣/٣٨٠): «إذا شرط الكفيل البراءة من الدين؛ فلا يلزمُهُ عملاً بشرطه؛ لأنه إنما التزم الكفالة على هذا الشرط فلا يلزمه سوى ما اقتضاه التزامه» ا.هـ.

(٢٦) شرح الدردير ٢/١٦٤. وانظر: شرح الزرقاني ٦/٢٢، حاشية الدسوقي ٣/٣٤٦، حاشية العدوي ٢/٤٧٣.

في تفاصيلها الآن؛ مثل أن المقصودَ الدلالةُ عليه وإن لم يأتِ به. وهذه الجزئية محلُّ بحثٍ سيأتي في مكانه -إن شاء الله-.

وَعلى ذلك يكون مؤدَّى هذا العَقدِ وفائدُته وثمرته هو التزام الكفيلِ بإحضار مَن عليه الحق (المكفول) إلى المكان المحدد.

- فإن قام بذلك الكفيلُ فقد وفَّى التزامَه، ولا شيءَ عليه، بغضِّ النظرِ عَن استيفاءِ الحقِّ مِن المكفول أو عدمه.

- فإن لم يقم بذلك، وتعذر إحضارُ المكفول إلى المكان المحدَّد؛ فإن له حالتين:

١ - أن يكون ذلك بتفريطٍ من الكفيل بأن كان يعلم مكانَ مكفولِه، ولم يسعَ إلى تسليمِه، ونحو ذلك. فإن الكفيل يَغرَمُ مَا عَلَى المكفول بسبب تفريطه. بمعنى أنها تصبح (كفالة غرمية) بسبب عدم قيامه بما تعهَّدَ به، وتقصيرِه في التزامه بإحضار المكفول(٢٧).

٢ - أن يكون بدون تفريط منه؛ بأن عجز عن إحضاره بعد بذلِهِ السَّببَ في ذلك، فإنه يُؤخَّر إلى حال القدرة على إحضاره، ولا تسقط الكفالة(٢٨).

فيظهر لنا ممَّا سبق أوجه الاتفاق والاختلاف بين هذا النوع من الكفالة وسابقه.

أولاً: أوجه الاتفاق:

- يتفقان في الإلزام بإحضار المكفول ببدنه، فإن أحضره برئ.

- كذا يتفق هذان النوعان من الكفالة في حال عدم إحضار الكفيلِ المكفولَ لتفريط منه أو تكاسل. فإنه يضمن ما عليه.

ثانياً: وجه الاختلاف:

(٢٧) هذا هو مذهب الحنابلة والمالكية.
وأمَّا الحنفية والشافعية فيرون أنه يحبس حتى يحضره أن يعجز عن إحضاره؛ كما سبق.
(٢٨) كشاف القناع ٣/ ٣٨٠.

ويختلف هذا النوعان من الكفالة فيما لو بحث الكفيلُ عَن المكفول ولم يجده بعد بذل الوسع، أو لم يَستطع إحضارَه. فإنه لا يضمن ردَّ ما عليه والحالة هذه. بخلاف الكفالة بالبدن فإنه يضمن ما عليه -حسب الترجيح المتقدَّم-.

١ - ٢ - اختصاص عقد الكفالة، وأثرها:

ونعني باختصاص عقد الكفالة القضايا التي تدخلها الكَفَالةُ، ويصحُّ إنشاءُ عقد الكفالة لأجلِ ضَمَانها.

فمِن البَدهِي أن الكفالةَ عقدٌ استيثاقيٌّ يكون مبنياً على أمرٍ فيه مُشَاحَّةٌ، لذلك بيَّن فقهاء الشريعة الأمورَ التي تدخل فيها الكفالة، والتي لا تدخل فيها. وهذه القضايا منها ما هو متفقٌ عليه، ومنها المختلف فيه، على النحو التالي:

أولاً: الكفالة في الحقوق المالية:

تجوزُ الكفالةُ بأنواعها السَّابقة جميعاً في الحقوق المالية بالجملة باتفاق الفقهاء(٢٩).

ويكون أثر الكفالة بالمال في الحقوق المالية هو الالتزامَ بدفع المستَحَقِّ في ذمة الأصيل - أي المكفول-.

ويكون أثر عقد الكفالة بالنفس -بنوعيها- في الحقوق المالية بالالتزام بإحضار مَن عليه الحق إلى المكان المحدد، وإلا ضمن ما في ذمته من الحقِّ؛ سواءٌ فرَّط أم لم يفرط، أو بالضَّمان حال التفريط فقط في كفالة الطلب -كما سبق-.

وبناءً على استقراء ما ذكره فقهاءُ الشريعة يتبين أن الحقوق المالية التي يتصور أن يجري

(٢٩) انظر: موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي د. سعدي أبو جيب ٢/ ٩٣٩.

فيها عقدُ الكفالة أربعةُ أنواع :

١) الحقوق المالية البحتة؛ كالدَّين، وثمن المبيع، والأجرة، ونحوها مما يُستحَقُّ في الذمة.

٢) الحقوق العَينية مما يجري مجرى المال؛ كالأعيان التي تثبت في ذمَّة الأشخاص سواءٌ كان لها مثيل، أم لا؟؛ كالسيارات، والأجهزة، وغيرها(٣٠).

٣) الحقوق التي تجري مجرَى الحُقوق المالية؛ وهي ضمان المتلفات، وأروش الجنايات، وغرم السرقة، والديات(٣١).

٤) العُقُوبات التعزيرية المالية؛ كالغرامة(٣٢).

فهذه الأمور الأربعة تدخلُها الكفالة، ويصحُّ إنشاءُ عقد الكفالة لأجلِ ضَمَانها؛ لأنها قضايا مالية، وليست من الأمور المستثناة التي ستأتي.

ثانياً: الكفالة في القضايا الجنائية التي تكون عقوبتها بدنية:

اختلف الفقهاءُ في دخول الكفالة بالنفس في القضايا الجنائية، بعد اتفاقهم على أن الكفالةَ بالمال لا تدخلُ في القضايا الجنائية التي تكون عقوبتُها بَدنيَّةً (سواءً أكانت حداً أم قصاصاً)، لأنها قاصرة على الحقوق المالية فقط(٣٣).

(٣٠) وهذا رأي الجمهور وقد خالف في ذلك بعض الشافعية فمنعوا صحة الكفالة في الأعيان [مغني المحتاج ٢/٢٠٢].

(٣١) انظر: الدية بين العقوبة والتعويض في الفقه الإسلامي ص ١٢٠.

(٣٢) وقد جرت على ذلك بعض الأنظمة والتطبيقات في المملكة العربية السعودية فمن ذلك ما جاء في [مرشد الإجراءات ١/٥٩] من جواز الكفالة لمن وجبت عليه غرامة ما نصه: «في حالة هرب فيها المكفول المحكوم عليه بالسجن يلزم الكفيل بأداء الغرامة المحكوم بها فقط». وفي (م ١٦ من لائحة أصول الاستيقاف والقبض والحجز المؤقت) يطلق سراح الموقوف احتياطاً: (إذا كانت عقوبة الجرم المسند إلى الموقوف الغرامة فقط، وكان للمتهم محل إقامة معروف بالمملكة، أو أودع الغرامة المقدرة نظاماً أو نصف حدها الأعلى، أو قدم كفيلاً بأدائها). وهذا الأمر (أعني قبول الكفالة في العقوبات التعزيرية المالية) تجري فيه الكفالة عند فقهاء الشريعة لأنهم لم يفرقوا في القضايا المالية التي تدخلها الكفالة بين المسائل المدنية، وبين العقوبات المالية كالغرامة ونحوها فالكلُّ تدخل فيه الكفالة عندهم. وهو ما سارت عليه الأنظمة السعودية، خلاف كثير من الأنظمة التي تلحق الغرامات والتعازير المالية الجنائية بالعقوبات البدنية الأخرى؛ وسبب ذلك أن العبرة في الكفالة عندهم أن تكون في القضايا المدنية، أما الجنائية فلا تدخلها الكفالة، والغرامة عقوبة جنائية فلا تدخلها الكفالة عندهم [انظر: الكفالة، بهاء العلايلي ص ٨٠].

(٣٣) انظر: موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي د. سعدي أبو جيب ٢/٩٣٩.

وقد اختلف فقهاء الشريعة في مدى دخول عقد الكفالة بالنفس بنوعيه -الوجه، والطلَّب- في القضايا الجنائية، مع مُلاحظة أن الخلاف هنا في كفالة تسليم مَن عليه الحق، وليس في كفالة ذات العقوبة فإنها ممنوعةٌ باتفاق أهل العلم؛ لأنه لا تجوز النيابة في العُقوبة(٣٤)؛ بناءً على المبدأ المقرر مِن شخصية العقوبة.

وهذه المسألة فيها خلاف بين الفقهاء على ثلاثة آراء:

القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء؛ من الحنابلة، والمالكية، وهو قول عند الشافعية(٣٥) إلى أن الكفالة بالبدن لا تصحُّ في الحدود ولا في القصاص؛ واستدلوا لذلك بما رُوي عن النبي ﷺ أنه قال: «لا كفالة في حَدٍّ»(٣٦)، وهو نصٌّ في المسألة -إن صحَّ-.

القول الثاني: وذهب جمعٌ من أهل العلم إلى صحة كفالة البدن في حقوق الآدميين الجنائية؛ كالقذف، والقصاص، دون حقوق الله عزَّ وجل؛ وهي الحدود، وما في حكمها.

وهو قول فقهاء الحنفية، والشَّافعية، واختاره الشيخ تقي الدين(٣٧). ولعلَّه الأرجح في هذه المسألة.

القول الثالث: أنه تجوز الكفالة بالبدن في القَضايا الجنائية جميعاً سواءً أكانت حدوداً

(٣٤) الكفالة، العلايلي ص ٧٦.
(٣٥) كشاف القناع ٣/٣٧٦، شرح منتهى الإرادات ٣/٣٩٠، الخرشي على خليل ٦/٣٤، نهاية المحتاج ٤/٤٤٧.
(٣٦) رواه البيهقي في (السنن الكبرى ٦/٧٧)، وابن عدي في (الكامل ٥/٢٢)، والإسماعيلي في (معجمه ٤١٣)، والخطيب في (تاريخ بغداد ٣/٣٩١).
قال ابن عبد الهادي في (تنقيح التحقيق ٣/٣٧): «هذا الحديث تفرد به بقيَّة عن أبي محمد عمرَ بن أبي عمر الكلاعي الدمشقي؛ وهو من مشايخ بقية المجهولين ورواياته منكرة».
(٣٧) شرح أدب القاضي للخصاف ٢/٢٧٢ و٢٨١، حاشية ابن عابدين ٤/٢٦٠. البيان للعمراني ٦/٣٤٤، نهاية المحتاج ٤/٤٤٦. الإنصاف ١٣/٦٣.

أم قصاصاً. وبه قال بعض فقهاء الشافعية(٣٨).

وقد جاء في نظام الإجراءات الجزائية (م ١١٢) أن الجرائم الكبيرة تكون مستحقَّةً للتوقيف، ولا تُقبل فيها الكفالة بالإحضار، بل لا بُدَّ مِن التوقيف فيها إلى حين الفصل في القضية.

بخلاف غيرها من القضايا فإنه يطلق سَرَاح المتهم بعد مضي المُدة المسموح بها للاستيقاف مِن أجل التحقيق، ثم بعد ذلك إمَّا أن يحال للقضاء، أو يطلق سراحُه. وقد يكون ذلك بكفالةٍ ونحوِها.

وقد صدر بعد ذلك تعميم مِن وزير الداخلية بخصوص تحديد هذه الجرائم الكبيرة المستحقَّة للتوقيف.

وهذا التفصيل بين القضايا الكبيرة وغيرها موافق لعددٍ من الأنظمة الإجرائية في عدد من البلدان في العالَم، وتحتاج إلى مزيد دراسةٍ من الجانب الفقهي، والمَصلَحِي معاً.

١ - ٣ - شروط الكفالة:

لكي تصح الكفالة، وتكون عقداً لازماً، مما يؤدي إلى ترتب الالتزام المتعلق بها، لا بُدَّ من توافر شروط محددة لكي تكون كذلك، وتخلُّفُ أيِّ شَرطٍ منها يترتب عليه بطلانُ عقد الكفالة وعدم ترتيب الآثار عليه:

وسَنَذكر هذه الشروط مع محاولة التعريج على بعض احترازاتها، ونصوص الأنظمة واللوائح في المملكة العربية السعودية، وذلك بعد تقسيم هذه الشروط إلى خمسة أقسام:

١ - شروط متعلقة بالكفيل.

٢- وشروط متعلقة بالمكفول عنه.

(٣٨) إعانة الطالبين ٣/٤٨٦.

٣ – وشروط متعلقة بالمكفول به .

٤ – وشروط متعلقة بالمكفول له .

٥– وشروط متعلقة بالصيغة .

أولاً : الشروط المتعلقة بالكفيل :

وَنعني بالكفيل الشَّخصَ الذي تبرَّعَ بإنشاء عقدِ الكفالة ، والتَزَمَ بآثارِها ، فهو الذي ضَمَّ ذمته إلى ذمة المَدين ليُصبحَ ملتزماً معه بأداء الحَق .

وَيُشترَط له شروط :

أحدها : رِضا الكفيل(٣٩) ، فلا بُدَّ من رضا الكفيل لتصحَّ الكفالة ؛ لأن الكفالةَ عقدُ تبرعٍ فلا يلزم الحقُّ ابتداءً إلا برضا مَن التزمَه . وهذا باتفاق .

وعليه فإن كفالةَ المكرَه غير صحيحة ، بل لا بُدَّ من رضا الكفيل حالَ إنشائها .

الثاني : أهليتُه(٤٠) ، ونعني بالأهلية أهلية الأداء الكاملة ، وتتحقق بالبلوغ ، والعقل ، والحرية ، والرُّشد . وذلك أن عقدَ الكفالة عقدٌ يترتَّبُ عليه التزاماتٌ في الذمة ، ولا يصح الالتزام المالي إلا لكامل أهلية الأداء حسب القيود السابقة .

ولكن يحسن هنا ذكرُ مَسألةٍ تطرَّقت لها اللوائحُ في المملكة ، وهي مِن الصُّور المستحدثة ؛ ألا وهي كفالة الشخص المعنوي ؛ بأن يكون الكفيلُ شخصاً معنوياً .

وقد تقرر أن الفقه الإسلامي يعترف بالشَّخص المعنوي ، وثبوتُ الالتزامات المالية والمسؤولية المدنية عليها فرعٌ لهذا الاعتراف ، ومِن لوازمه ، وقد نقل بعض الباحثين الاتفاق على إثباتها للشخص المعنوي(٤١) .

(٣٩) كشاف القناع ٣/٣٦٤. وانظر: حاشية ابن عابدين ٤/٢٧٩، حاشية الدسوقي ٢/٢٦٥، مغني المحتاج ٢/١٩٨.
(٤٠) المصادر السابقة.
(٤١) انظر: المسؤولية الجنائية للشخصية المعنوية، د. عبدالسلام الشويعر [المجلة العربية للعلوم الأمنية العدد ٤٠، رجب ١٤٢٦ هـ صـ ١٧]، ومسؤولية المصارف التجارية، أحمد علي عبد الله صـ ١٥٠.

ومن هذه الالتزاماتِ المدنيةِ الكفالةُ. . فإنه يجوز للشخصياتِ المَعنويَّة -مؤسسات، أو شركات(٤٢)، ونحوها- أن تكفل أشخاصاً كفالةً مالية.

وكفالة الشخص المعنوي معتبرةٌ في الأنظمة السعودية(٤٣)، ومن صور هذا التطبيق: كفالة الجهات المالية كالبنوك ونحوها بخطابات الضمان، والتأمين، وسيأتي تفصيلها في آخر هذا البحث - إن شاء الله-.

غَيرَ أنه يُستَثنى من ذلك -نظامَاً- كفالةُ الممثلياتِ، والبعثات الدبلوماسية المعتمدة في المملكة، وكذلك الجهات القضائية لعدمِ إمكَانِ توجيه المساءلة إليها، لتمتعها بالحصانة الدبلوماسية وَالقَضائية التي لا تُلزمُهَا بمَا قد يترتب على الكفالة من مُسؤولياتٍ وَتعهدات(٤٤).

الثالث: مَلاءة الكفيل. ونعني بالمَلاءة: أن يكون الكفيلُ مناسباً للكفالة قادراً على الوَفَاء بالالتزاماتِ المترتبة عليها. والمَلاءةُ هنا تشمل الملاءة الماليةَ، ويُزاد عليها غيرُها من القيود التي تحدد هذه الملاءة باختلاف البلدان.

ففي المملكة العربية السعودية مثالاً نجد أن (نظامَ الكفالة) يُشترط فيه عددٌ من الشروط لمَلاءة الكفيل؛ وهي(٤٥):

١- أن يكون الكفيلُ سعودياً.

---

(٤٢) كفالةُ الشركات للأشخاص صحيحة. لكن ورد في تعميم لوزارة العدل [مرشد الإجراءات ١/٥٦] أنه لا يقبل ضمان الشركات السائقين العاملين لديها. وهذا ليس نفياً لصحة الكفالة من الشركات كما قد يتبادر للفهم، والمُراد أنه ليس مِن اختصاص الشركات ضمانُ جميع أعمال السَّائقين، لكن إنما تضمن ما كان من ضِمنِ عملها فقط. ويظهر ذلك من تعليل الوزارة: «كلفوا بما لا يلزمهم شرعاً..».

(٤٣) التَصنيف الموضوعي ٤/٦٣٨، مرشد إجراءات الحقوق الخاصة ١/٥٨.

(٤٤) تعميم وزارة الداخلية ذو الرقم ١٧/٢٢٨٠٤ في ٨/٨/٩٦هـ وذو الرقم ١٦/٢٦٩٧ في ٢/١/١٣٩٩هـ بخصوص عدم قبول كفالات السفارات وقبول كفالات البنوك غير المشروطة.
وانظر: التصنيف الموضوعي ٤/٦٣٨، مرشد إجراءات الحقوق الخاصة ١/٥٨.

(٤٥) انظر: مرشد إجراءات الحقوق الخاصة ١/٥٨. وقد جاء اشتراط (الكفيل الغارم المليء) في اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية في (١/١٩٩، و٢٠٠/٣).

٢- وأن يكون مقيماً بالمملكة.

٣- وألا يُغادرَها الكفيلُ أو المكفولُ قبل أداء الحقّ.

٤ - وأن يكون الكفيلُ مليئاً مقتدراً.

٥ - ولا تُقبَلُ كفالةُ الشَّخص إلا لعدد محدَّد من الكفالات، فلا يقبل منه أكثر من ثلاث كفالات إذا كان مليئاً مقتدراً. وإذا كان متوسطَ الحال فلا تقبل كفالتُه إلا لشخص واحد وبعد التَّثبت مِن قدرة الكفيل على دفع ما قد يترتب على مكفوله.

وَهذه الأمور والشروط النظامية السَّابقة [وإن كان جمهور الفقهاء لم يشترطْها -ومنهم فقهاء الحنابلة-(٤٦)]- إلا أنها جاءت مِن باب التنظيم مِن الجهات الرسمية المختصة مِن أجل زيادة الاستيثاق في الكفالة، وحفظ الحقوق، فلا بُدَّ منها في الكفالات الرَّسمية التي تُوثَّق في الجهات الرسمية(٤٧)، وهي مِن باب السِّياسة الشرعية.

وإضافةً للشروط الفقهية والنظامية التي يلزم توافرها في الكفيل -والتي سبق ذكرها- زاد النظام في المملكة شروطاً أُخرى في الكفيل يلزم توفرها فيه إذا كان ممن يشغل وظيفةً عامة.. فقد وردت قواعدُ وشروط لقبول الكفالة الحضورية، أو المالية للموظَّف العام مدنياً كان أو عسكرياً. وهذه الشروط إنما جعلت من باب الاستيثاق للحق، وحماية الوظيفة العامة معاً.

وتُطبَّق هذه الشروط على جميع العاملين في أجهزة الدولة ومؤسساتها العامة، بغضِّ

(٤٦) تحدث الفقهاء عن اشتراط كون الكفيل مليئاً مالياً، وهل تصحُّ كفالةُ المحجور عليه لفلَس؟ والجمهور على عدم اشتراطها (وهو قول الحنابلة [شرح منتهى الإرادات ٢/ ٢٧٨]، وهو القول الصحيح عند الشافعية [مغني المحتاج ٢/ ١٩٩]). وانظر: الكفالة والحوالة د. عبد الكريم زيدان ص١٥٤. أحكام المعسر في الفقه الإسلامي، د. عبد الله الحديفي ص ٢١١.

(٤٧) انظر الفرقَ بين العقود الرسمية والعادية ومَا يُشترط لكل منها في بحث [الصلح في العقود ودور السلطة التنفيذية والقضائية فيه، د. عبد السلام الشويعر منشور في مجلة البحوث الأمنية العدد ٣٥، في ذي الحجة ١٤٢٧هـ ص ٢١٢].

النظر عن مستوى الوظيفة وحجمها ولا بُدَّ من التأكد من توافرها حال توثيق عقد الكفالة.

وهذه الشروط هي(٤٨):

١ - أن يكون الكفيلُ سعوديَّ الجنسية.

٢ - ألا تكون الكفالةُ في قضية تتصل بأعمالِ وظيفة الكفيل بصورة مباشرة أو غير مباشرة.

٣ - أن تكون الكفالةُ الحضورية في قضيَّة محددة. وأن تكون الكفالة المالية -الغُرمية- في مبلغ يتناسب مع حالة الموظف المالية.

٤ - أنه لا يجوز للموظف أن يكفل أكثر من ثلاثة أشخاص، ولا تقبل كفالته إلا بعد تعهد خطي منه بأنه لم يكفل أكثر من ذلك؛ وفق نموذج محدد يعده مدير الأمن العام تدرج فيه الشروط السابقة.

وهذه الشروط؛ كما سبق وضعت حمايةً للوظيفة العامة، وحفظاً للحق العام. لذا جاء في النظام السعودي أنه يجوز للجهة التي يعمل بها الكفيل بناءً على طلب من الجهة المختصة الإذن له بالتغيب المدة اللازمة التي تتطلبها مقتضيات الكفالة على أن تحتسب من إجازته الاضطرارية أو العادية، وإلا اعتُبر غيابُه بعذرٍ مشروعٍ بدون مرتَّب كما تتم معاملته في حالة إيقافه بسبب الكفالة(٤٩).

ثانياً: الشروط المتعلقة بالمكفول عنه:

ونَعني بالمكفول عنه مَن عليه الحق، سواءً أكان الحقُّ لازماً أم آيلاً للزوم.

(٤٨) بناء على قرار وزير الداخلية ذي الرقم ٩٣/٥ في ٤/٩/١٤٠٧هـ [انظر التصنيف الموضوعي لتعاميم وزارة العدل ٤/٦٤٠، مرشد إجراءات الحقوق الخاصة ١/٥٧].

(٤٩) بناء على قرار وزير الداخلية ذي الرقم ٩٣/٥ في ٤/٩/١٤٠٧هـ [انظر التصنيف الموضوعي لتعاميم وزارة العدل ٤/٦٤٠، مرشد إجراءات الحقوق الخاصة ١/٥٧].

(ويُعبَّر عنه بالأصيل، أو المدين، أو الغريم، ويعبَّر عنه أيضاً اختصاراً بالمكفول).

وهو «الشخص المدينُ بالالتزام ابتداءً سواء أكان بالحضور إلى مجلس القضاء، أم أمام الحاكم، أو بمثليه في المكان والموعد المحدد له. أو بالتزامه بأداء عمل أو تسليم عين أو الوفاء بدين للمكفول له»(٥٠).

ولا يُشترط في المكفول عنه أن يكون ذا أهليَّةِ أداء(٥١)، كما لا يُشترَطُ رضاه وإذنه(٥٢)، ولا أن يكون موجوداً(٥٣)، أو معلوماً(٥٤).

وأمَّا مذهب الحنفية فقد اشترط أن يكون المكفولُ عنه معلوماً للكفيل، وهو إحدى الروايتين في مذهب الحنابلة، وقولٌ عند الشافعية(٥٥).

وقد أخذتْ بهذا الرأي الأنظمةُ في المملكة العربية السعودية فجاء التعميم الصَّادر من وزارتي العدل والداخلية(٥٦) اشتراط «أن يتضمن سند الكفالة... اسمَ، ولقبَ، وهويةَ المدين والدَّائن».

ولا شك أن في ذلك زيادةَ استيثاق لحقِّ الكفيل والمكفول له معاً، ودَفعَاً للتساهل بمثل هذه العقود.

---

(٥٠) مرشد إجراءات الحقوق الخاصة ١/٦٠.

(٥١) فتصح عن المجنون، والصغير، والميت.

(٥٢) وهذا رأي غالب الفقهاء [فتح القدير ٧/١٨٨، مواهب الجليل ٦/١٠٢، روضة الطالبين ٤/٣٤٠، المبدع ٤/٢٥٢]. ولم يُنقل في ذلك خلافٌ؛ حاشا ما نقل عن بعض فقهاء المالكية من اشتراط إذن المضمون [حاشية الدسوقي ٣/٣٣٤].

(٥٣) فتصح الكفالة عن الغائب، والمحبوس.

(٥٤) فتصح الكفالة عن المجهول. [انظر لما سبق: كشاف القناع ٣/٣٦٤، فتح القدير ٧/٢٠٤، الشرح الصغير للدردير ٢/١٥٦، نهاية المحتاج ٤/٤٣٧].

(٥٥) بدائع الصنائع للكاساني ٦/٦. وبه قال ابن القاص من الشافعية [التلخيص ص ٣٦٤]. واختاره القاضي أبو يعلى من الحنابلة [المغني ٧/٧٢].

(٥٦) انظر التصنيف الموضوعي لتعاميم وزارة العدل ٤/٦٣٧. ومرشد إجراءات الحقوق الخاصة الصادر عن وزارة الداخلية ١/٥٨.

أمَّا في الكفالة بالنفس فإنه -باتفاق الفقهاء- لا بُدَّ أن يكون المكفول عنه معلوماً؛ لأنّ المكفول عنه هو المكفول به، ولا يمكن تسليم المجهول(٥٧).

ثالثاً: الشروط المتعلقة بالحق المكفول (المكفول به):

وَالمراد به«الحقُّ الذي ثبت في ذمَّة المكفول عنه»، أو هو«الحق الذي تعهد الكفيل بأدائه وتسليمه» وذلك في الكفالة بالمال.

أمَّا في الكفالة بالنفس فإن المكفول به هو المكفول المطلوب إحضاره.

فإن كان المكفولُ به دَيناً فإنه يشترط فيه الشروط التالية:

١ - أن يكون الدَّينُ مضموناً بنفسِه على الأصيل؛ لأن التزامَ الكَفيل تابعٌ لالتزام الأصيل.

وعلى ذلك إن كان مضموناً بغيره، أو غير مضمون فلا تصحُّ كفالتُه.

فالمضمون بنفسِه الذي تصحُّ كفالتُه هو الأعيان التي تجب قيمتُها عند هلاكها إن كانت قيميَّةً، أو مثلُها إن كانت مثليَّةً.

والمضمون بغيرِه هو الأعيان الواجبةُ التسليم بأعيانها وهي قائمة، وعند هلاكها لا يجبُ مثلُها، ولا قيمتها، بل يكون الواجب شيئاً آخر؛ كالرهن؛ لأنه مضمونٌ بالأقل من قيمتِه أو الدَّين. فلا تصحُّ كفالة الرهن؛ لأنه لا يلزم الراهنَ إقباضه وتسليمُه، فلا يلزم الكفيلَ ما لا يلزم الأصيل(٥٨).

وغيرُ المضمون هو الأمانات؛ كالوديعة، والأمانة، ومال الشركة، ومال المضاربة،

---

(٥٧) الرعاية الصغرى لابن حمدان ١/٣٥٧، بدائع الصنائع ٦/٩، مغني المحتاج ٢/٢٠٢.
وانظر: الكفالة والحوالة لزيدان ص١٦٠.

(٥٨) المغني ٧/٧٩. وانظر: المعاملات الشرعية المالية، أحمد إبراهيم بك ص ١٩٤. (مطبعة النصر بالقاهرة، ط: ١٣٥٥ هـ).

والبضاعة التي يجعلها عند السِّمسَار، والبضاعة التي تُجعل عند الخياط ونحوه، والعارية، والمقبوضِ على سَوم النظر، والعين المؤجَّرة في يد المستأجِر(٥٩). فلا تصح الكفالة بهذه الأمور؛ لأنها في الأصل ليست مضمونة.

لكن إذا كُفلت في حال هلاكها بالتعدي عليها جازت الكفالة؛ لأنها تكون حينئذٍ مضمونة(٦٠).

٢ -أن يكون الدَّين ثابتاً (لازماً) ومعلوماً، أو آيلاً للزوم، أو مجهولاً سيَؤول إلى العلم، بحيث تكون الجهالةُ يسيرةً. وذلك أن الجهالة الفاحشة قد تؤدِّي إلى عجز الكفيل، فلا تتحقق الكفالةُ منها(٦١).

فلا تصح الكفالة بالمال المجهول، أو المال الذي لم يجب بَعْدُ.

وقال الشافعية(٦٢): لا تجوز الكفالةُ بالمجهول دائماً.

فيكون محلُّ الخلافِ بين الجُمهور والشافعية في «المجهول الذي سَيَؤُول إلى العلم». والجمهور على جوازه.

ومثالُ المجهول الذي سيؤول إلى العلم(٦٣): الكفالة بمهر الزوجة قبل الدخول. والكفالة بالنفقة الزوجيَّة المُستقبَلة. وضمان العُهدَة عن البائع للمشتري قبل قبض الثمن وبعده(٦٤).

ومثلُه أيضاً الكفالة بأرش الجناية، وكفالةُ الغرامات التي قد تترتب على العمل(٦٥)

(٥٩) المغني ٧/٧٦، كشاف القناع ٣/٣٧٠، مغني المحتاج ٢/٢٠٢، بدائع الصنائع ٦/٩.
(٦٠) المغني ٧/٧٦. وانظر: المعاملات الشرعية المالية، أحمد إبراهيم بك ص ١٩٤.
(٦١) وهذا هو مذهب الحنابلة [المغني ٧/٧٢ ، ٩٨، المبدع ٤/٢٥٢، كشاف القناع ٣/٣٦٧] - وذهب الحنفية، والمالكية إلى أن ضمان المجهول صحيح مطلقاً [حاشية ابن عابدين ٤/٢٦٥، بلغة السالك ٢/١٥٥].
(٦٢) مغني المحتاج ٢/٢٠٢.
(٦٣) انظر: المغني ٧/٧٤-٧٦.
(٦٤) بعض الفقهاء يخصُّ ضمان عهدة المبيع باسم (ضمان الدَّرك). وانظر: المغني ٧/٧٨.
(٦٥) تقدَّم الحديث عن ضمان الغرامات.

ونحو ذلك.

وإن كان المكفولُ به نفساً في الكفالة بالبدن فإنه يُشترَط فيه الشروط التالية:

١- أن يكون المكفولُ به مَعلوماً؛ لأنه لا يمكن تسليم المجهول، وهذا باتفاقٍ بين أهل العلم(٦٦).

٢- اشترط هذا بعض الفقهاء، وهم الحنابلة والشافعية رضا المكفول ببدنه(٦٧)؛ لأن المقصودَ من الكفالة بالبدن إحضارُ المكفول، فإذا لم تكن الكفالةُ بإذنه لم يلزمه الحضور معه.

وبهذا الرأي أخذ النظام السعودي ويَظهر أثر ذلك بالنظر إلى (نموذج الكفالة الحضورية المعتَمَد) فإنه يوجد فيه خانة لتوقيع المكفول، وهذا مما يدلُّ على اشتراط رضاه عن الكفالة الحضورية تلك.

رابعاً: الشروط المتعلقة بالمكفول له:

ونعني بالمكفول له: «مَن يَثبتُ حقُّه على المتحمَّلِ عَنه، ولو جُهلَ الحقُّ».

أو هو: «مَن تُعقَدُ الكفالةُ لصالحه».

والكفالة تُعقَدُ في كثير من -الأحيان- لصالح إحدى الجهات الحكومية، أو الجهات ذات الشخصية المعنوية؛ كالمؤسسات العامة، أو لصالح إحدى الشركات الخاصة، أو لصالح أحد الأفراد(٦٨).

وللمكفول له شُروطٌ اختُلفَ في حتمية وجوبها لصحة الكفالة، وهي على النحو التالي:

(٦٦) الرعاية الصغرى لابن حمدان ١/٣٥٧، بدائع الصنائع ٦/٩، مغني المحتاج ٢/٢٠٢. وانظر: الحوالة والكفالة ص ١٦٠.
(٦٧) كشاف القناع ٣/٣٧٧، المغني ٧/١٠٤، روضة الطالبين ٤/٢٥٩.
(٦٨) مرشد إجراءات الحقوق الخاصة ١/٦١.

١- معرفة الكَفيل للمكفول له: يرى بعض الفقهاء -وهم الحنفية وَالشَّافعيَّة، ورواية عند الحنابلة(٦٩)- أنه لا بُدَّ أن يكون المكفولُ له مَعلوماً ومعروفاً، حتى يتمكَّن الكفيل من وفاء الحق إليه.

خِلافاً للمالكية والحنابلة في المشهور(٧٠) والذين يَرون أنه تجوز الكفالة وإن كان المكفولُ له مجهولاً؛ لأن المقصد مِن الكفالة ضمانُ الحق، فإذا ظهر المكفول له وطالب بحقِّه قام الكفيل بأداء ما التزم به، ولا حاجة لمعرفته أصلاً.

٢- قبول المكفول له ورضاه: وقد اختُلفَ في اشتراط هذا الشرط أيضاً فذهب الجمهور(٧١) إلى أنه لا يُشترَطُ رِضَا المكفولِ له؛ لأن الكفالةَ التزامٌ محض، فلا يُشترَطُ رضا المكفول له فيها، وليست كعقود المعاوضَات التي يشترط لها رضا الطرفين معاً لأن فيها التزاماً مشتركاً(٧٢).

وَذهب بعضُ العُلماء(٧٣) إلى اشتراط رضا المكفول له. وهذا الرأي سار عليه كثير من الأنظمة العربية؛ بناءً على أن عقد الكفالة -قانونياً- عقدٌ ثنائي بين الكفيل والمكفول له(٧٤).

وقد سار النظام السعودي -وكذا بعض الأنظمة العربية- على مذهب الجمهور وهو

---

(٦٩) تبيين الحقائق ٤/١٦٠. مغني المحتاج ٢/٢٠٠، نهاية المحتاج ٤/٤٣٨. المغني ٧/٧٢.

(٧٠) حاشية الدسوقي ٣/٣٣٤، المغني ٧/٧٢.

(٧١) وهو مذهب الحنابلة [المغني ٧/٧٢]، والمالكية [مواهب الجليل ٥/١٠٠]، والشافعية [البيان ٦/٣١١، نهاية المحتاج ٤/٤٣٨].

(٧٢) يجب عدم الخلط بين عدم رضا صاحب الحق (المكفول له) في الكفالة. وبين اشتراط صاحب الحق لكفيل بوصف معين لإمضاء العقد. أو اشتراط الجهات الرسمية لكفيل بوصف معين لإنهاء الحبس الاحتياطي فيً قضايا محددة، ونحوَ ذلك.

(٧٣) وهو مذهب الحنفية [حاشية ابن عابدين ٤/٢٥١]، وقول عند الشافعية [البيان ٦/٣١١، نهاية المحتاج ٤/٤٣٨]، وقول عند الحنابلة [المغني ٧/١٠٤].

(٧٤) انظر: الكفالة في الفقه الإسلامي وبعض القوانين العربية، العلايلي ص ١٠٤.

عدم اشتراط رضا المكفول له(٧٥). ولكنه احتاط لجانب المكفول له بأن وضع شروطاً لحفظ حقِّه كملاءة الكفيل، وغيرها مما سبق ذكره.

لذا نجد -تطبيقاً لعدم اشتراط رضا المكفول له- أن النموذجَ الرسمي الذي اعتُمد في الكفالة يخلو من توقيع المكفول له الذي هو دليلُ رضاه.

خامساً: الشروط المتعلقة بالصيغة:

وَهو: «ما دلَّ على الالتزام؛ سواءٌ أكان باللَّفظ، أم بالإشارة، أو الكِتابة».

وقد اشتُرط له أن يكون بلفظٍ دالٍّ على التعهد والالتزام في العرف والعادة الموجِب لمضمون هذه الكفالة.

وجمهور الفقهاء على أنه يكفي في عقد الكفالة الإيجاب من الكفيل فقط(٧٦)، فتنعقدُ الكفالة به دون القبول من المكفول عنه فإنه لا يُشترط قبوله.

فيكون هذا العقدُ شرعاً من العقود ذات الإرادة المنفردة، فينشأ الالتزامُ فيها عن إرادة واحدة وهي إرادة الكفيل، بخلاف غيرها من العقود التي تنشأ بإرادة ثنائية -إيجاب وقبول معاً- وتقدَّم الحديث عن ذلك.

وصيغة عقد الكفالة له حالتان: الإطلاق، والتقييد.

١- فقد تكون صيغة عقد الكفالة مُطلَقَةً -وهو الأصل-، فلا تكون مقيَّدةً بشرط، أو زمن، ونحوها.

وهذا الإطلاق في الكفالة يجعلُها حَالَّةً، ومستمرَّةً لا تسقط بالتقادم ومرور الوقت،

(٧٥) مرشد إجراءات الحقوق الخاصة ١/٦١. وفيه: «لا يعتبر رضا المكفول له». وانظر: الكفالة في الفقه الإسلامي وبعض القوانين العربية، العلايلي ص ١٠٤.
(٧٦) وهذا بناءً على عدم اشتراط رضا المكفول له، وتقدم.

ولا تسقطُ إلا بأحد مسقطات الكفالة التي سيأتي ذكرها(٧٧).

٢- وقد تكون صيغة الكفالة مُقيَّدَةً. وجمهور الفقهاء من الحنابلة والحنفية أنه يُعمَل بهذا التقييد؛ وذلك لأن الذمة قد تُشغَل بشيء مما هذا وصفه(٧٨).

والتقييد لعقد الكفالة قد يكون تقييداً ابتدائياً، أو قد يكون تقييداً نهائياً. ولهذا التقييد صور:

أ- فقد يكون التقييد بصيغة التعليق على شرط(٧٩).

ب- وقد يكون بالإضافة للمستقبل(٨٠).

ج- أو يكون توقيتاً بمدَّة وزمن محددين «سواء أكان توقيتاً ابتدائياً، أم نهائياً»(٨١).

---

(٧٧) وهذا هو رأي فقهاء المذاهب الأربعة جميعاً في الجُملة على نزاع بينهم: هل الكفالة المطلقة يأخذ الكفيلُ فيها حكم الأصيل (المكفول) في الحلول والتأجيل، أم تكون حالةً حتى وإن كان الدين مؤجلاً؟ [انظر: البناية ٧/٥٥٧، كشاف القناع ٣/٣٧٨، روضة الطالبين ٣/٤٩٤].
وقد سارت الأنظمة في المملكة على أن الكفالة المطلقة تكون حالةً، ومستمرة، ففي (لائحة نظام المرافعات الشرعية ١/٢٣٢): «أن الكفيل الغارم يلزمه تسديد الدين المحكوم به حالاً ما لم يمهله الدائن».
وفي (مرشد إجراءات الحقوق الخاصة ١/٦٣): «لا تسقط كفالة المال شرعاً بمرور الزمن.... وأن وزارة الداخلية قد عممت: ما دام الكفيل قام بكفالة حضورية وغُرمية. فإن كفالته مستمرة؛ لأن الكفيل بالمال لا يخرج من الكفالة إلا بالأداء أو الإبراء من المكفول له».

(٧٨) فيجوز عند فقهاء الحنابلة والحنفية تعليقُ الكفالة، وتوقيتُها [كشاف القناع ٣/٣٧٧، روضة القضاة للسمناني ١/٤٦٠، حاشية الطهطاوي على الدر المختار ٣/١٤٧].
خلافاً للشافعية [البيان ٦/٣١٨، نهاية المحتاج ٤/٤٥٦].

(٧٩) التعليق على شرط له نوعان:
١- إما أن يكون التعليق للابتداء، وهو ما يسمى (بالشرط الواقف). ومثاله كقوله: «هو كفيل بالثمن إن لم يعطك فلانٌ مالك». أو «هو كفيل بالثمن إن بانت السلعة معيبة»، وهذا مثل الضمان الذي تقدمه بعض المحلات على السلع وإن لم تكن من ملكها.
٢- وقد يكون التعليق للانتهاء، وهو ما يسمى (بالشرط الفاسخ). ومثاله: «هو كفيل إلى حين قدوم البضاعة».
ويشترط في التعليق على شرط -عند الفقهاء القائلين بصحته- أن يؤول إلى العلم، فلا يصح التعليق على المجهول [المغني ٧/١٠١، كشاف القناع ٣/٣٧٦، المهذب ١/٣٤٠، حاشية ابن عابدين ٤/٢٥٥].

(٨٠) مثال الكفالة المضافة للمستقبل؛ «هو كفيل لما سيقترضه فلان»، أو للمهر ونحوه. لكن بشرط أن يكون الأجل معلوماً، أو آيلاً للعلم [المغني ٧/١٠١، كشاف القناع ٣/٣٧٦].

(٨١) التوقيت في (الكفالة) على نوعين: ابتدائي يُعبَّر عنه بـ(من)، وانتهائي يعبر عنه بـ(إلى). [حاشية ابن عابدين ٤/٢٥٥].

وقد سَارت الأنظمةُ في المملكة العربية السعودية على جَوازِ تقييد الكفالة بالتعليق، أو التوقيت(٨٢).

شكل عقد الكفالة:

ليس لعقد الكفالة في الشريعَة أيُّ إجراء شكلي مُعيَّن، فليست الكتابةُ شرطاً لانعقاد الكفالة، وإنما جُعلت الكتابة للإثبات أمام جهات التقاضي، دون جعلها شرطاً للانعقاد(٨٣).

نعم! وُجد اجتهادات متعددة من الفقهاء -وخصوصاً مَن عُني بعلم الشروط والتوثيق- في ذكر صيغ لكتابة الكفالة بأنواعها، مع الاتفاق على أن هذه الصيغ ليست مُلزمةً، وإنما هي محترزاتٌ لضبط هذا العقد(٨٤).

ومِن هذا الباب تعميم وزارتي العدل والداخلية بالمملكة(٨٥) باعتماد نماذجَ مخصوصةٍ للكَفَالاتِ الحُضُوريَّة والغُرميَّة.

ويُلاحظ أنه قد اشتُرط فيها أن تقتصر على الموضوع الذي كُفل من أجله، ولا تتعداه إلى غيره، «وأن يتضمن سندُ الكفالة تحديدَ الدَّين موضوع الكفالة، ومقدارَه، وموعدَ وفاء الكفيل به، واسمَ ولقبَ وهويةَ المدين والدائن والكفيل، وإقرار الكفيل بأنه بقبوله

(٨٢) جاءت الأنظمة في المملكة بما يوافق مذهب الحنابلة ففي (نظام المرافعات م٢٢٣) ما يدلُّ على جواز الكفالة المؤقتة. وفي (مرشد إجراءات الحقوق الخاصة ١/ ٦٠): «الكفالة تصح حالة ومؤجلة، ولا تصح الكفالة إلى أجل مجهول».

(٨٣) بل مِن المسائل المشهورة هل تنعقد الكفالة بالكتابة فقط دون اللفظ من مستطيعه؟!! [انظر: البيان للعمراني ٦/ ٣٠٨]. وقد استقرَّ الأمر وعمل الناس على انعقاد صحتها بالكتابة فقط.

(٨٤) انظر مثالاً: المقنع في علم الشروط لابن مُغيث المالكي، وجواهر العقود للسيوطي من فقهاء الشافعية ١/ ١٤٩. مذكرة التوثيقات الشرعية للشيخ علي قراعة.

(٨٥) انظر: التصنيف الموضوعي لتعاميم وزارة العدل ٤/ ٦٣٧. ومرشد إجراءات الحقوق الخاصة الصادر عن وزارة الداخلية ١/ ٦٦، و١/ ٥٨.

كفالة المدين يعتبر مسؤولاً عن سداد الدين الذي كفل المدين في أدائه»(٨٦).

ودونك صورةً للنموذج المعمم لكفالة الحضور، ثم لنموذج كفالة الغُرم والتي يلزم - نظاماً- أن تكون صيغ الكفالة مشابهة لها.

فالصيغة المعتمدة (للكفالة بالبدن) هي(٨٧):

والصيغة المعتمدة في (الكفالة الغرمية) هي:

١ - ٤ - رجوع الكفيل على المَدِين إذا أدَّى عنه:

إذا أدَّى الكفيلُ عن المكفول عنه -وهو المدين- دينَ الكفالة، فهل يَرجعُ عليه فيه، أم لا ؟

جَعَلَ العلماءُ لذلك صُوراً متعددة، ورتبوا عليها أحكاماً خاصة بكُل صورة:

أحدها: إذا أدَّى عن المكفول بنِيَّةِ التَّبرع عن صاحب الدين فإنه لا يَرجع عليه باتفاق العلماء.

الثاني: إذا أدَّى عنه بنِيَّةِ الرجوع. فإنه يرجع عليه، سواءٌ أكانت الكفالةُ بإذن المكفول أم لا؟ وسواء أدَّى الدينَ عن المكفول بإذنه أم لا؟(٨٨) وهذا هو مذهب فقهاء الحنابلة والمالكية(٨٩).

- ويَكون رجوع الكفيل على المكفول -حينئذٍ- بعد سداد الدَّين بأقلِّ الأمرين مما قضى

(٨٦) انظر: التصنيف الموضوعي لتعاميم وزارة العدل ٤/٦٣٧.

(٨٧) بناءً على خطاب الأمن العام ١٢٧٥/د/ج في ١٤٠٨/٦/٧هـ [مرشد إجراءات الحقوق الخاصة الصادر عن وزارة الداخلية ١/٦٦].

(٨٨) فصارت الصور أربعاً: أحدها: أن يكفل بإذن المدين، ويؤدي عنه بإذنه.
والثانية: أن يكفل بإذنه، ويؤدي بغير إذنه.
والثالثة: أن يكفل بغير إذنه، ويؤدي بإذنه.
والرابعة: أن يكفل بغير إذنه، ويؤدي بغير إذنه.
وقد وافق الحنفيةُ والشافعيةُ في الصورتين الأوليين فقالوا بالرجوع على المكفول، ومنعوا من الرجوع في الصورتين الأخريين. انظر: [العناية للبابرتي ٧/١٨٩، مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٢/٢٠٩].
وانظر (الكفالات المعاصرة د. عبد الرحمن ابن سعود الكبير ١/٢٣٥، الكفالة والحوالة د. عبد الكريم زيدان ص ٢٠٤، فقه البيع والاستيثاق، د. علي السالوس ٢/١٣٨٣).

(٨٩) انظر: المغني ٧/٩٠، المبدع ٤/٢٥٨، الإنصاف ٥/٢٠٤. حاشية الدسوقي ٣/٣٣٤.

عنه(٩٠)، أو بقدر الدَّين.

١ - ٥ - حبس الكفيل:

تقدَّمَ مَعَنا أن الكفيلَ تتَّحدُ ذِمتُه مَع المكفول عنه في وجوب أداء الدَّين، وأن لصاحب الدَّين -المكفول له- أن يطالب أياً منهما ابتداءً(٩١).

وعَلى ذلك تَجري على الكَفيل جميعُ الأحكام المترتبة على هذا الالتزامِ الصَّادر منه؛ مثل توجيهِ المطالبةِ إليه، ولزومِ الغريم له، والحجرِ على مالِه، والحبسِ وغير ذلك؛ كما يَثبتُ على الأصيل بتمامه.

فيَجوز حَبسُ الكفيل حبساً استظهارياً(٩٢)، وحُكي ذلك إجماعاً(٩٣) إن توافرت شروط توجه الحبس عليه؛ وهي أربعة(٩٤):

١- أن يكون الكَفيل مَليئاً. فلا يجوز حبسُ المُعسِر ممَّن لا يَستطيعُ السَّداد؛ سواءً أكان أصيلاً أم كفيلاً.

٢- أن يكون مماطلاً في السَّداد. فلا بُدَّ أن يُمْهَل الكفيل المدةَ الكافية لإمكان السداد، فإن لم يفِ بالتزام الكفالة أمكن حبسُه(٩٥).

---

(٩٠) وذلك إذا صالَح الدائن على بعضِ حقِّه، فأبرأه من الباقي.

(٩١) وهذا هو مذهب الجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة [حاشية ابن عابدين ٤/٢٥١، روضة الطالبين ٣/٤٩٦، المغني لابن قدامة ٧/٧١].
خلافاً للمالكية وابن القيم [الشرح الصغير ٢/١٥٨، إعلام الموقعين ٣/٣٩٨] فيرون أنه لا يجوز للدائن مطالبةُ الكفيل إلا إذا عجز المدين، وإليه يتجه الكثير من الأنظمة العربية وغيرها.

(٩٢) نقلَه ابن جرير الطبري. انظر: موسوعة الإجماع لسعدي أبو جيب ٢/٩٤٢.

(٩٣) ممن نصَّ على جواز حبس الكفيل الصدر الشهيد في (شرح أدب القاضي للخصاف ٢/٣٤٣)، وابن نجيم في (البحر الرائق ٦/٣٠٩)، والسعدي في (الفتاوى ٢/٧٧٨). والشيرازي في (المهذب ١/٣٤٤)، والنووي في (الروضة)، والخطيب الشربيني في (الإقناع ٢/٤٠). وابن جرير الطبري في (اختلاف الفقهاء ص٢٩٦).
ونعني بالحبس الاستظهاري: ().

(٩٤) انظر: أحكام المعسر في الفقه الإسلامي د. عبد الله الحديفي ص١٦٩.

(٩٥) قال في (كشاف القناع ٣/٤٢٠): «فإن أبى مَن له مال يَفي بدينِه الحالِّ الوفاءَ؛ حبسه الحاكم؛ لما روى عمرو بن الشريد عن أبيه عن النبي ﷺ قال: (لي الواجد ظلم يحل عرضه وعقوبته) رواه الإمام أحمد وأبو داود وغيرهما. قال وكيع: (عرضُهُ) شكواه و(عقوبته) حبسه. وظاهر كلامه أنه متى توجه حبسُه حُبس» ا.هـ.

٣- أن يطالب صاحبُ الدَّين به. فإذا لم يطالب صاحب الدين به فليس للقاضي أن يحبسه.

٤- أن يكون دينُ الكفالة حالاًّ. فلا يُسجن في الدين المؤجل ما لم يحلّ.

وَيُزاد في الكفالة بالنفس شرطٌ خامس؛ وهو توجه مطالبته بالدين إن لم يحضِرِ المكفولَ به للمكان اللازم إحضارُه فيه. مع ملاحظة أن الكفيل يُمْهَل المدةَ اللازمةَ للبحث عَن المكفول.

فلا يُحبَسُ الكفيلُ إلا بعد إخلالِه بتسليمِ الدَّين، أو الشخص المكفول به، ومماطلتِه في تسليم الدَّين المترتب على المكفول؛ وَهذا مَا أوضحته بعضُ التعاميم الصَّادرة مِن وزارة الداخلية(٩٦) من أنه لا يَلجأ إلى توقيف أي مَدين ما لم يكن هناك شكوى من صَاحب الحق، ويكون الحق حالاًّ واجبَ الدفع.

فإن لم يَكن الحقُّ ثابتاً، وكان هناك نزاعٌ فتحال الشكوى إلى جهة الاختصاص من المحاكم أو لجان فضِّ المنازعات.

١ - ٦ - مُسقطات الكفالة، وانقضاؤها:

تَنقَضِي الكفالةُ -بأنواعها الثلاثة السابقة- بمسقطات متعددة، ويمكن تصنيفها إلى نوعين مِن أسباب انقضاء الكفالة:

١- انقضاء الكفالة بطريق تبعِي.

٢- انقضاء الكفالة بطريق أصلي.

(٩٦) الخطاب ذو الرقم ٣٢٣١٨، في ١١/٩/١٣٩٥هـ.
كما صدر قرار وزير الداخلية ذو الرقم ٢٠، في ٢/١/١٤٠٦هـ. والمعمم على جهات الاختصاص والمبني على قرارات مجلس القضاء الأعلى بوضع آلية توقيف المدين بشروط محددة... وهذه الشروط تنطبق أيضاً على الكفيل؛ لأنه ضمَّ ذمته لذمة المدين فأمكن توجه المطالبة بالدين إليه أيضاً.

١ - الطريق التبعي:

فتنقضي الكفالةُ بأيِّ أسبابِ انقضاء الدَّين(٩٧)، فإذا انقضى دين الكفالة بأي سبب من أسباب الانقضاء، فقد انقضت الكفالة؛ وهذا ما يُسَمَّى (بانقضاء الكفالة بطريق تَبعيٍّ)، وقد ذكر الفقهاء أموراً ينقضي الدين بها؛ وهي:

١) الوَفاء(٩٨). فإذا أُدِّي دَينُ الكفالة فإنها تنقضي؛ لأن سببَ الكفالة انقضى. سواء أكان الأداء من المكفول، أم الكفيل، أو من أجنبي. وسواء سُلِّمَت العينُ، أو سُلِّم مثلُها، أو قيمتها عند هلاكها.

٢) الإبراء(٩٩). فإذا أبرأ المكفولُ له المكفولَ -المدين-، فإن الكفالة تنقضي لسقوط سببها، وهو الدين، فإذا انتفى السبب انتفى المسبب.

وكذا ما في حكم الإبراء؛ كالهبة، والصَّدقة فإذا وهب الدائنُ المدين المال، أو تصدَّق به عليه فقد برئ مِن الدَّين فانقضَت الكفالة.

٣) فسخ العقد المسبِّب للكَفالة، أو بطلانه(١٠٠). فإن فُسِخَ العقدُ الذي كان دينُ الكفالة أثراً له، أو بطل ذلك العقد، فإن عقد الكفالة ينفسخ؛ لأنه فرع عنه فإذا فُسخ الأصل أو بطل، كان الفرع تابعاً له.

كأن يكون الكفيلُ ضامناً لِدَين بسبب عقد بيع، ثم فسخ هذا العقد، فإن المشتري لم يَعُدْ مُلتزماً بدفع الثمن، ولا البائعُ ملتزماً بتسليم المبيع، فتنقضي الكفالة لانتفاء سببها.

---

(٩٧) نيل المآرب على دليل الطالب، لابن أبي تغلب ٢/١٤٤.
(٩٨) كشاف القناع ٣/٣٦٤.
(٩٩) كشاف القناع ٣/٣٦٤، إيضاح الدلائل للزريراني ١/٣٢٩.
(١٠٠) كشاف القناع ٣/٣٦٤. وفيه: «أو زال العقد؛ بأن انفسخ البيع الذي ضمن فيه الثمن أو انفسخت الإجارة وقد ضمن الأجرة (برىء الضامن) بغير خلاف نعلمه لأنه تبع له، والضمان وثيقة فإذا برىء الأصل زالت الوثيقة».

٤) الصُّلح. فإذا صالح الكفيلُ أو المكفولُ عنه المكفولَ له (وهو صاحب الدين) على شيء، وتمَّ تسليمه فإن الكفالة تنقضي أيضاً. سواء أكان الصلح بأداء بعض الحقِّ وإسقاط بعضه الآخر، أم بالمعاوضة(١٠١).

٥) اتحاد ذمَّةِ المكفول عنه والمكفول له. فإذا اتحدت ذمةُ المكفول عنه، والمكفول له؛ بأن مات المكفول له فورثه المكفولُ عنه، فإن الكفالةَ تسقط(١٠٢)؛ لأن الحقَّ ثبت في ذمته بضمانه الأصل فهو أصل، فلا يجوز أن يصير فرعاً(١٠٣).

٦) الحَوَالة. فإن أحال رب الحق على المكفول عنه بدينه برىء الضامن؛ أو أحيل أي أحاله المكفول عنه بدينه برىء الكفيل(١٠٤).

٧) تلف العين المكفول بها بفعل الله تعالى قبل المطالبة بها(١٠٥). فإذا تلفت العين المكفول بها، ولم تكن الكفالةُ متعلقة بحال هلاكِها بالتعدي فإن الكفالةَ تسقط لفوات المحلِّ.

٢- الطريق الأصلي:

وتنقضي الكفالة أيضاً بطريق أصلي، دون انقضاء الدين.. وذلك بانقضاء التزام الكفيل دونَ سداد الدَّين المكفول به، وذلك بسبب من أسباب انقضاء الالتزام(١٠٦)؛

(١٠١) حاشية ابن عابدين ٥/٣٢٠.
يرى أكثر الفقهاء أن الصُّلح في الأموال ليس عقداً مستقلاً بذاته، بل هو فرعٌ عن غيره من العقود. فيُنظر في هذا الصيغة المصالَح عليها، ثم يُعتبر بأقرب العقود إليه شبهاً بحسب الشكل الذي يقع به، ومضمونه. [انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ٢/٧٩٢، بدائع الصنائع ٦/٤١، حاشية الدسوقي ٣/٣٠٩، البيان للعمراني ٦/٢٤٢، نهاية المحتاج ٤/٣٨٣، الإقناع للحجاوي ٢/٣٦٨، شرح منتهى الإرادات ٢/١٣٩].

(١٠٢) كشاف القناع ٣/٣٦٥، درر الحكام ١/٧٤٩.

(١٠٣) كشاف القناع ٣/٣٦٥.

(١٠٤) بدائع الصنائع ٦/١٢، بلغة السالك ٢/١٥٢، مغني المحتاج ٢/١٩٨، كشاف القناع ٣/٣٦٥.

(١٠٥) كشاف القناع ٣/٣٧٩. بدائع الصنائع ٦/١٢، الخرشي على خليل ٦/٢٤، مغني المحتاج ٢/١٩٨.

(١٠٦) يلحظ هنا أن العديد من الأنظمة العربية تحكم بانقضاء الكفالة كلياً أو جزئياً بسبب خطأ المدين، وذلك =

وقد ذكر الفقهاء مثال ذلك :

١) إبراء المكفول له الكفيل من الكفالة . فإذا أبرأ صاحب الدين (وهو المكفول له) الكفيلَ من الكفالة فإنه يبرأ منها ، ولا يحقُّ له مطالبته بعد ذلك سواء أكانت الكفالةُ بالمال أم بالنفس .

ولكن لا يبرأ المكفول عنه الذي عليه الحقّ بإبراء الكفيل فقط ؛ وذلك أن الكفيل فرعٌ وتابعٌ، والمكفول عنه أصلٌ ومتبوعٌ، وما ثبت في التابع لا يلزم ثبوته في المتبوع، بخلاف العكس(١٠٧) .

٢) اتحاد ذمّة الكفيل والمكفول له . فإذا اتحدت ذمة الكفيل ، والمكفول له ؛ بأن مات المكفولُ له فورثه الكفيل ، فتسقط الكفالة هنا في حقه فحسب(١٠٨)، ويبقى الدَّين قائماً بحاله ؛ لأنه لا يمكن أن يكون الشخص كافلاً لحقِّ نفسه .

٣) انقضاء المدة التي وُقتت بها الكفالة . فإذا وقتت الكفالة بوقتٍ محدَّد فإنه إذا انقضى هذا الوقت فإن ذمة الكفيل تبرأ، بناءً على القول بجواز توقيت الكفالة ، أو تعليقها -وهو مذهب فقهاء الحنفية والحنابلة وتقدَّم- .

وتنقضي الكفالة بالنفس بما تنقضي به الكفالة المالية ، وتزيد عليه بثلاثة أمور :

١) موت المكفول عنه . فإذا مَات المكفول عنه فإن الكفالة تسقط بموته ، ويبرأ الكفيلُ ؛

= في ثلاثة أوجه:
أ - براءة ذمة الكفيل بقدر ما أضاعة الدائن بخطئه من الضمانات.
ب - ولتأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات ضد المدين (التقادم).
ج - ولعدم تقدم الدائن في تفليسه المدين، فتبرأ ذمة الكفيل بقدر ما أصاب هذا الأخير من ضرر بسبب إهمال الدائن.
مع بقاء الدين على المدين في كل الحالات السابقة. [انظر: الوسيط، لعبد الرزاق السنهوري ١٠/٢٣٤]. وهذه الأسباب الثلاثة ليس لها اعتبار في انقضاء الكفالة في الفقه الإسلامي. ولا يُعمل بها في المملكة.

(١٠٧) كشاف القناع ٣/٣٦٤، إيضاح الدلائل للزريراني ١/٣٢٩.

(١٠٨) كشاف القناع ٣/٣٦٥، درر الحكام ١/٧٤٩.

سواء تأخَّرَ الكفيلُ في إحضاره حتى مات أم لا(١٠٩). وذلك أن محل التسليم قد فات بموته، ولا يمكن التسليم بدون المحل.

٢) موت الكفيل. فإذا مات الكفيل فإن الكفالة بالنفس تسقط على رأي بعض الفقهاء؛ كالحنفية والشافعية(١١٠). في حين يرى الحنابلة والمالكية(١١١) أن الكفالة لا تسقط وإنما ينتقل حقُّ المطالبة للورثة فإن أحضروه وإلا فإنهم يغرمون ما على المكفول من تركة الكفيل.

٣) - تسليم المَكفُول عنه للمكفول له، أو لجهة الاختصاص. ولا بُدَّ أن يكون التسليم صحيحاً وذلك بأن يخلِي بين المَطلُوب والطَّالِب في موضعٍ يمكن فيه المخاصمةُ، وتنفيذ الأحكام على المطلوب(١١٢).

وكذا إن قام المكفول عنه بالحضور بنفسِه إلى المكان المحدد في العقد فقد برئت ذمة الكفيل(١١٣).

وهذه هي أسباب انقضاء الكفالة، ولا تنقضي بغيرها في الجملة(١١٤).

(١٠٩) انظر: مطالب أولي النهى٣/٣١٩، البناية ٧/٤٥، بداية المجتهد٢/٢٢٢، روضة الطالبين ٤/٢٥٨ .

(١١٠) البناية ٧/٥٤٥، روضة الطالبين ٤/٢٥٨.

(١١١) كشاف القناع ٣/٣٧٩، القوانين الفقهية ص ٢١٤.

(١١٢) الكفالة وطرق الإبراء منها، محمود أحمد مروح ص ٩٦. وقد ذكر في (الكشاف٣/٣٧٥) أن الإبراء يحصل بإحضار المكفول عنه إلى المكان المحدد في العقد، أو إلى المكان الذي وقع فيه العقد إن لم يعين موضع التسليم؛ بشرط ألا يكون ضرر على المكفول له في قبضه وتسلمه. وفي (الإقناع ٢/٤٠ مع حاشية الباجوري) في فقه الشافعية مثل ذلك.

(١١٣) هذا هو مذهب الحنابلة؛ وهو أن المكفول إذا سلَّم نفسه إلى المكفول له أو المكان المحدد فإن الكفالة بالنفس تنقضي سواء تم بأمر الكفيل أم لا. [المغني ٧/٩٩، المبدع ٤/٢٦٦، الكشاف ٣/٣٨١]. وعليه سار النظام في المملكة العربية السعودية [انظر: مرشد إجراءات الحقوق الخاصة ١/٦٢]. في حين ذهب الجمهور من الحنفية [بدائع الصنائع ٦/١٢]، والمالكية [التاج والإكليل ٥/١١٤]، والشافعية [نهاية المحتاج ٤/٤٤٩] إلى أنه لا يبرأ الكفيل؛ إلا إذا قال المكفول: « سلمت نفسي من كفالة فلان، أو عن جهة الكفيل» ونحو ذلك.

(١١٤) من الصور التي يتصور انقضاء الكفالةِ بالنفس بها ولم يصححها الفقهاء: إذا صالح الكفيلُ بالنفس الدائنَ بمال على أن يبرئه من الكفالة فالصُّلحَ باطل [بدائع الصنائع ٦/٤٩].

٢ - بعض التطبيقات العصرية لعقد الكفالة:

عقد الكفالة يُعتبر من العقود المهمة التي يحتاجها الناس ويتعاملون بها كثيراً، حفظاً للحقوق، واستيثاقاً لها. وفي الزمن المعاصر وقد تطورت أساليب التجارة، وطرق التواصل بين الناس، كان التطورُ لأشكال العقود وصِيَغه أمراً طبيعياً تفرضه طبيعة الحياة ومتمشياً مع ثورة الاتصالات الحديثة، فظهرت الكثير من العقود الحديثة في شكلها وصورتها؛ وإن كانت في واقع الأمر عائدةً للعقود الأصلية المسمَّاة التي جاء الشريعة ببيان أحكامها، وتفصيلها(١١٥).

وسنتطرق لبعض صور الكفالة المعاصرة، والتي يكثر استعمالها في العديد من المجالات، مع محاولة قصر الحديث على ما له تعلق بالكفالة والضمان بالخصوص، دون باقي الآثار.

والصور التي سنتكلم عنها هي:

٢ - ١ - الكفالات المصرفية.

٢ - ٢ - التأمين.

٢ - ٣ - كفالة الاستقدام.

٢ - ٤ - الكفالة بإيداع مبلغ من المال.

٢ - ٥ - الكفالة بضمان مكان الإقامة.

٢ - ١ - الكفالات المصرفية:

الكفالات المصرفية هي تعامل مصرفي بحت، تصدرُهُ المؤسساتُ المالية المصرفية لمن

(١١٥) يرى جمهور الفقهاء أن العقود غير محصورة، وتتنوع بحسب حاجة العاقد، والموضوع المتفق عليه ضمن المقاصد المباحة؛ تفريعاً على أن الأصل في المعاملات الحل. وهذا مذهب الجَمهور خلافاً للظاهرية [انظر: مجموع الفتاوى ٢٩/ ١٥٥، إعلام الموقعين ١/ ٣٣٣].

يطلبُهُ مِن عملائها لغرض كَفالته بالمال لاستعمالات محددة ومخصوصة .

وتأخذ الكفالات المصرفية أشكالاً وأسماء متعددة؛ مثل: خطاب الضمان، والاعتمادات المستندية وغيرها .

والتعامل بهذه الخطابات والاعتمادات صار شائعاً جداً في الوقت الحاضر سواءً عند التقدم للمناقصات العامة، أو حال التعامل مع المصانع، وشركات المقاولات، أو عند عقد صفقات الاستيراد والتصدير، بل أصبح شائعاً في بعض التعاملات مع الجهات الرسمية أو الأفراد مع بعضهم. وسنذكر بعضاً من صور الكفالات المصرفية؛ كخطاب الضمان، والاعتماد المستندي باعتبار أنها عقودُ كفالة؛ وذلك أن لها استخدامات وأغراضاً أخرى .

تعريف (الاعتماد المستندي):

يُعرَّف (فتح الاعتماد المستندي) بأنه: «تعهد كتابي يحرره المصرف بناء على طلب العميل، يتضمن التزام المصرف بدفع أو قبول كمبيالات مسحوبة عليه عند تقديم مستندات شحن البضاعة بالشروط المتفق عليها»(١١٦).

أهمية فتح (الاعتماد المستندي):

تظهر أهمية الاعتماد المستندي من جهتين:

١- أن الاعتماد المستندي يُعدُّ مِن أهمِّ وَسَائل الدفع وَأكثرها انتشاراً في العمليات التجارية في العالم .

٢- أنه من خلاله تحفظ مصلحة كل من المستورد وَالمصدر على حدٍّ سواء، وَيعزِّز الثقةَ المطلوبة في التعامل التجاري، فالمصرف يقوم بدور الوسيط بين المستورد وَالمصدِّر عَن طَريق التزام المصرف بكفالة التاجر ليعطي المستورد ما طلبه من البضائع موافقاً

(١١٦) قانون العمليات المصرفية الدولية د. عكاشة عبد العال ص٣٤٠.

للمواصفات، والعكس.

تعريف (خطاب الضمان):

عُرِّف (خطاب الضمان): «بأنه تعهد مكتوب يُصدرُهُ البنكُ بناءً على طلب العميل، يلتزم بمقتضاه بأن يدفع للطرفِ الثالث مبلغاً معيناً من النقود عند أول طلب منه، خلال أجل سريانه»(١١٧).

مجالات استخدام خطاب الضمان:

لخطابات الضمان استخدامات ومجالات متعددة؛ تتمثل:

١- في مجال الأشغال العامة وعقود التوريد، عند الدخول في المناقصات سواءً للدوائر الحكومية أو الشركات. فإنه في الغالب يُشترط فيمن يرغب الدخول في مناقصة عامة أن يقدم ضماناً بنكياً بجزءٍ من العطاء الذي تقدم به، ويُسمَّى هذا الضمان (خطاب الضمان).

٢- عند الشراء بالأجل من المحلات التجارية. فعند الشراء بالآجل من المحلات التجارية وخصوصاً بالمبالغ الكبيرة عندما يكون التعامل بين شركات فإنه يُطلب من المشتري أن يقدم ضماناً بنكياً بمبلغ معين، وذلك من أجل التوثيق والاطمئنان، والسحب منه حال التأخر في السداد.

٣- في مجال القضاء؛ حيث تجيز بعض الأنظمة تقديم (خطاب الضمان) للمحاكم لإطلاق سراح المسجون الموقوف من أجل الدَّين(١١٨). أو لوقف تنفيذ بعض الأحكام(١١٩).

٤- في بعض الدول يُشترط لمن يُعطَى تأشيرة دخول للبلد أن يقدِّم ضماناً بنكياً بمبلغ

---

(١١٧) قانون العمليات المصرفية الدولية د. عكاشة عبد العال صـ ٣٤٠.
(١١٨) انظر مثالاً (المادة ٢٣٢ من نظام المرافعات الشرعية).
(١١٩) انظر (اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات م٢٠٠/٣).

معين من المال من أحد البنوك المعتمدة، وذلك يكون مُوازياً لتأمين بدل عودة ذلك المسافر إلى بلده الأصلي إذا لم يَعُدْ بإرادته.

وهذا المبدأ تأخذ به المملكة في تأشيرة الحج والعمرة.. فيشترط فيمن يَقدم للمملكة من أجل الحج والعمرة أن يقدم ضماناً بنكياً خشية تخلفه عن السفر ليغطي تلك الكَلَفَة.

إلى غير ذلك من الاستخدامات المتنوعة التي يفرضها الواقع والحال.

غطاء خطاب الضمان، وفتح الاعتماد:

عندما يُصدِر البنكُ خطاب ضمان لشخصٍ ما، أو يَفتحُ له اعتماداً بمبلغ ما. فإنه لا بُدَّ أن يكون للمبلغ الذي يشمله خطاب الضمان غطاءاتٍ مالية تسوِّغ إعطاءه هَذا الخطاب بذلك المبلغ المدوَّن فيه، ولاستخدامِه في حالة تحمل المصرَف مخاطرة الوفاء بمبلغ الضمان للمستفيد في حالة عدم تنفيذ العميل لالتزاماته. وَيتمثل غطاء الضمان بأمور، من أشهرها:

١- إيداع المستفيد مبلغاً نقدياً يوازي مبلغ الضمان، أو يقاربه. فيعطيه البنك ضماناً بمثل ذلك المبلغ الذي يكون محجوزاً إلى حين انتهاء مدة الضمان، أو انفكاكه، أو يستخدمه البنك في حال عدم وفاء المستفيد لالتزاماته.

٢- وَقد يكون الغطاء بضائعَ، أو أوراقاً مالية، أو عقاراتٍ مرهونةً للبنك. ليبيعها البنك حال الحاجة إليها لسداد قيمة التزامات المستفيد من خطاب الضمان.

٣- وَقد يكون إصدار خطاب الضمان، أو فتح الاعتماد معتمداً على المركز المالي للعميل، وسمعته التجارية. فعندئذٍ يصدر له البنك خطاب الضمان، أو يفتح له الاعتماد المصرفي بالمبلغ الذي يناسب حسب تقدير البنك لتلك السمعة وذلك المركز بدون الحصول على ضمانات عينية.

أرباح البنك من خطاب الضمان:

يَستفيدُ البنكُ المصدِرُ لخطابات الضمان مَالياً من جهتين مباشرتين، ومثله يقال في فتح الاعتماد المصرفي:

١- بأن يأخذ أجرةً على الإصدار لخطابات الضمان، لأن البنوك تشترط مبلغاً معيناً من المال لإصدار مثل هذه الخطابات.

٢- كما إن البنوك تستفيد مالياً بأخذ فائدة على المبلغ حال تسديد البنك قيمة المبلغ عن المستفيد عن عدم وفائه بالتزماته. لكن في هذا التعامل إشكال شرعي، لظهور الصيغة الربوية فيه. ولكن بالإمكان إيجاد صيغ شرعية، يجوز التعامل بها.

مدى قوَّة الكفالات المصرفية:

الكفالات المصرفيّة بنوعيها (خطاب الضمان، وفتح الاعتماد) هي كفالةٌ مالية لَمن عليه الحق، ويكون الكافلُ فيها المؤسسةَ الماليةَ المُصدِرَة لهذه الخطابات. والبنوك والمؤسسات المالية في الغالب هي ذات شخصية معنوية مستقلة أقرَّها عليه نظام بلد المقر الرئيس.

وبغضِّ النظر عن مشروعية بعض هذه الكفالات المصرفية ووجود شبهة الربا في كثيرٍ مِن صورها فهي تُعَدُّ كفالات ماليةً صحيحة، وترتب عليها جميع آثار الكفالة المالية المتقدِّمة، بل إنها في أحيان كثيرة أقوى مِن كفالة الأفراد؛ لقوة المركز المالي لهذه المؤسسات المالية.

وهذا معمولٌ به في المملكة سواء أكان لإطلاق سراح المسجون الموقوف من أجل الدَّين(١٢٠). أم لوقفِ تنفيذ بعضِ الأحكام لمعنىً في القضية(١٢١)، وغيرها.

(١٢٠) جاء في (المادة ٢٣٢ من نظام المرافعات الشرعية) ما نصه: «إذا أدى المحكوم عليه بالتوقيف ما حكم به أو أحضر كفيلاً غارماً أطلق سراحه، وفي كل الأحوال متى ظهر لـه مال فإطلاق سراحه لا يمنع من تنفيذ الحكم بطريق الحجز على أمواله بالطرق الاعتيادية» أ.هـ.

(١٢١) ورد في (اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات م٢٠٠/٣) «للمحكمة عندما تأمر بوقف التنفيذ المعجَّل أن توجب على طالب الإيقاف تقديم ضمان، أو كفيل غارم مليء، احتياطاً لحق المحكوم له» ا.هـ. والضمان يشمل الضمان البنكي. كما جاء ذلك صريحاً في تعميم وزير العدل.

وقد جاء ذلك صريحاً في تعميم وزير العدل ١٤٩/ ١٢/ ت في ٢٣/ ٨/ ١٤٠٣هـ ونصه: «تقبل كفالات البنوك غير المشروطة»(١٢٢).

لكن هُنا مسائل مِن المهم الإشارة إليها:

١/ تقدَّم معنا أن مِن الشُروط المعتبرة في الكفيل (الملاءة)، فلا بُدَّ في الكفالة المصرفية من النظر إلى ملاءة البنك المُصدِر له.

لأن بعضَ البنوك تكون غير مؤهَّلة لإصدار مثل هذه الكفالات، وغيرُ معتمدة خطاباتها، فلا بُدَّ مِن التأكُّد مِن ملاءة المؤسسة المصرفية المصدرَة لمثل هذه الكفالات.

أيضاً قد تكون المؤسسة المالية مصرحاً لها ومعتمدةً؛ لكنَّ مبلغَ الكفالة يجاوز الحدَّ الائتماني المسموح لها بالكفالةِ به مِن قِبل البنك المركزي في البلد(١٢٣).

٢- أن خطابات الضمان في الغالب تكون مقيدةً بزمان أو قيد مُعيَّن، فلا بُد أن يكون هذا القيدُ متوافقاً ومناسباً مع الموضوع الذي كُفل فيه، حسب التعميم السابق من وزير العدل.

٢ - ٢ - التأمين:

عقدُ التأمين أحدُ العقود المستحدثة في القرنين الأخيرين، فلم يكن له ذكر في الكتابات السابقة قبلهما. وأولُ ذكرٍ لها في الكتابات الفقهية الإسلامية ما ذكره الفقيه الحنفي ابن عابدين (ت ١٢٥٢ هـ»(١٢٤) وسماها (السوكرة).

وقد كانت عقود التأمين ظهرت بصورتها التقليدية أولاً في عام ١٦٦٦م بعد نشوب

(١٢٢) التصنيف الموضوعي لتعاميم وزارة العدل ٤/ ٦٣٨.
(١٢٣) البنك المركزي يأخذ العديد من الأسماء؛ كالبنك القومي، وفي المملكة هو باسم (مؤسسة النقد).
(١٢٤) ذكرها في كتابه (رد المحتار على الدر المختار ٣/ ٢٤٥).

حريق هائل في لندن اِلْتَهَمَ جزءاً كبيراً من دُورِها، فبعدها نشأت فكرة التأمين بصورته المعاصرة.

ثم مع القفزات الصناعية الهائلة في القرن التاسع عشر، والتطور الكبير في التجارة الدولية ووسائل المواصلات، وقيام المنشآت الضخمة انتشرت هذه العقود انتشاراً كبيراً في العالم الصناعي، حتى غدا التأمين سمةً من سمات هذا العصر، لا يكاد أحدٌ منهم لا يتعامل به، وشرطاً حتمياً لإبرام العقود وغيرها من التعاملات التجارية، والصحية، والاجتماعية وغيرها. وأصبح حمل بطاقة التأمين (بوليصة التأمين) أمراً إجبارياً كبطاقة الهوية ورخصة القيادة ونحوها.

فغدا للتأمين وصناعتِه مؤسساتُه وأنظمتُه الخاصة التي تحكمه، وصارت هذه المؤسسات من أنجح وأربح المؤسسات الخدمية في العالم، وتطوَّر عقدُ التأمين في نُظُمِه وإجراءاته، وما زال، تكيفاً مع الحاجة.

تعريف (عقد التأمين) وأنواعه:

عُرِّف (عقد التأمين) بأنه: «عقدٌ يَلتزم المؤمِّنُ بمقتضاه أن يُؤدِّي إلى المؤمَّن له أو إلى المستفيد الذي اشتُرِط التأمين لصالحه مبلغاً من المال، أو إيراداً (مرتباً)، أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبيَّن بالعَقد، وذلك نظير قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها له المؤمِّن»(١٢٥).

تنقسم (عقود التأمين) إلى أقسام متنوعة وذلك بحسب اعتبارات متعددة لهذا التقسيم أو ذاك، ومن أشهر التقسيمات لأنواع التأمين التي يترتب عليها أثرٌ واضح سَواء أكان في

(١٢٥) القانون المدني المصري م٧٤٧. والمدني الأردني م٩٢٠. والمدني الكويتي م٧٧٣. وانظر: (الوسيط لعبد الرزاق السنهوري ٧/ ١٣٧).

الحكم أم في التطبيق؛ تقسيمها باعتبار الطبيعة. وباعتبار الشيء المؤمَّن عليه:

أولاً: أقسام (التأمين) باعتبار طبيعته:

يُقسَّم عقدُ التأمين باعتبار طبيعتِه، والهدفِ منه إلى ثلاثة أنواع:

١ - التأمين التجاري: وهو عقدٌ بين طرفين -المؤمِّن وشركة التأمين- يَلتَزِم المؤمِّن بدفع أقساطٍ محدَّدة في أوقات دورية مُبيَّنة سَلَفاً، في مقابل أن تتعهد فيها شركة التأمين بدفع مبلغ التأمين عند تحقق حدوث الخطر المحدد.

٢ - التأمين الاجتماعي: وهو عقد إلزامي بين الدولة ورعاياها أو من يقيم على أرضها تتعهد بموجبه الدولة (عن طريق مؤسسة خاصة بذلك) بتقديم خدمات صحية -عند الحاجة إليها-، أو معاش شهري، أو تعويض عند وجود أخطار معينة كنهاية الخدمة أو الإصابة أثناء العمل. في مقابل اشتراك يدفعه المؤمَّن له المنتفع من هذه الخاصية.

٣ - التأمين التبادلي -التعاوني-(١٢٦)، وهو عقدٌ بين جماعة من الناس على دفع مبلغ معيَّن من جميعهم (اشتراك دَورِي) في مقابل التعويض لأيٍّ منهم في حال حدوث الخطر المحدد في العقد؛ على أن توزع الخسائر على الجميع. وتتولى هيئة محددة بالإشراف على هذه العملية.

ثانياً: أقسام (التأمين) باعتبار الشيء المؤمَّن عليه،

يُقسِّمُ خبراءُ التأمين هذا العقد باعتبار المُؤَمَّن عليه إلى ثلاثة أنواع رئيسة:

(١٢٦) يزيد بعض الباحثين نوعاً رابعاً باسم (التأمين التكافلي)، ويفصله عن (التأمين التعاوني) بفارق أن المقصود من إنشائه التكافل والتبرع، فيكون مبيناً على المسامحة. بخلاف (التأمين التعاوني) الذي يكون مبنياً على المشاحة؛ لأن المعاوضة ظاهرة فيه.

١ - تأمين الأشخاص: وهو عقدُ التأمين الذي يبرمُهُ الشخص ضدَّ الأخطار التي تهدد بدنه؛ مثل الموت -التأمين على الحياة-، والتأمين ضد فقدان أحد الأعضاء والحوادث والأمراض، والتأمين ضد الهرم والشيخوخة.

ومن هذا النوع التأمين الصحي الذي تلزِم به (وزارة الصحة) بالمملكة العربية السعودية بشروط محددة.

٢ - تأمين الممتلكات: أو (التأمين من الأضرار) وهو عقد التأمين ضد الأخطار التي تَعرِضُ للأموال والممتلكات.

وتختلف عقود التأمين هنا في ماهية الأخطار التي يغطيها التأمين حسب الاتفاق المبرم بين أطراف العقد، ولا شك أن لاختلاف الشروط أثراً في قيمة التأمين. وهنا تتفنن شركات التأمين في وضع الشروط والعقود التي تدر عليها أكبر فائدة.

ومِن هذا النوع: التأمين على المنشآت التجارية والحكومية والشخصية، والتأمين على الأجهزة والآلات من الأخطار التي تعرض لها (من الحريق، ومن السرقة، وغيرها)، والتأمين على المركبة.

٣ - تأمين المسؤوليات: وهو عقد التأمين ضد المسؤولية المدنية المترتبة على الشخص بسبب تصرف خاطئ، أو إهمال.

ومِن هذا النوع: تأمين القيادة الذي تلزم به (إدارةُ المرور) قائدي المركبات في المملكة العربية السعودية.

وَقد يكون هذا التأمين شاملاً للمسؤولية المترتبة على الشخص للغير وللضرر الحاصل عليه(١٢٧).

---

(١٢٧) يُعنى (بالتأمين الشامل) للمركبات: نظام يتم بموجبه تعويض المؤمَّن عما يلحقه من خسائر نتيجة حصول أضرار للمركبة المؤمَّن عليها، إضافة للمبالغ التي يُلزم بدفعها للغير نتيجة حصول حادث سير.

وقد يكون مقتصراً على المسؤولية المترتبة على الشخص فقط «ضد الغير»(١٢٨).

وفائدة هذا التأمين أن الشخص المؤمِّن لا تتوجه إليه آثار المُساءلة المدنية، بل تتحملها شركة التأمين وتتوجه المساءلة إليها مباشرةً دون الشخص المؤمِّن، فلا يُطالَب بالسَّداد، ولا يُسجن لضمان الحق، ولا يطلب منه كفيلٌ غرمي، ولا غير ذلك من آثار المساءلة المدنية(١٢٩).

فالغرض من التأمين ليس إصلاح الضرر الذي لحق بالغير، ولكن جبر الضرر الذي لحق بالذمة المالية للمؤمَّن له نتيجة تعويض الغير عما أصابه من ضرر بسببه(١٣٠).

أمَّا إن ترتب على التصرف الخاطئ مساءلةٌ جنائية؛ كاحتمال وجود القصد الجنائي في الفعل، فإن المسؤولية الجنائية لا تدخل ضمن نطاق التأمين الإلزامي، لأن العقوبات الجنائية «سواء أكانت حبساً، أم غرامة، أم مصادرة»(١٣١) لا تكون محلاً للتأمين؛ لأنه لا يجوز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية الجنائية، أو التنصل منها وإلقائها على الآخرين، تطبيقاً لمبدأ شخصية العقوبة.

ولا يمنع هذا الأمر من إيقاف صاحب التصرف الخاطئ.

كما إن شركة التأمين تغطِّي مسؤولية المؤمَّن له شريطة ألا يكون الشخصُ المؤمَّن له تعمَّد الحادثَ، أو أخلَّ بالتزامٍ موجودٍ بالعقد، أو أن الحادث من الحوادث المستبعدَة مِن التأمين.

(١٢٨) ويعنى (بالتأمين ضد الغير) للمركبات: نظام يتم بموجبه تعويض المؤمِّن عن المبالغ التي دفعها وإلزم بدفعها للغير المتضرر من حادث السير، أو تعويض المتضرر مباشرة عن طريق شركة التأمين.
انظر: أبحاث المؤتمر الوطني الثاني للسلامة المرورية ١/ ٣٩.

(١٢٩) ومن الآثار المترتبة على المساءلة المدنية ما تتحمله شركات التأمين من التعويض عن المتلفات، وأروش الجنايات والديات.

(١٣٠) أصول التأمين د. رمضان أبو السعود ص ٢١٦.

(١٣١) كأن يترتب على العمل غرامة (كغرامة السرعة، أو قطع الإشارة وغيرها من المخالفات المرورية)، أو مصادرة سيارة المفحط والمهرب، فإن شركة التأمين لا تتحمل شيئاً من ذلك.

تكييف (عقد التأمين)، وحكمه الشرعي:

يعد عقد التأمين صورةً من صور عقد الكفالة، ويظهر ذلك جلياً في تأمين المسؤوليات.

ولكن عقد الكفالة من خصائصِه أنه عقد تبرع لا معاوضة فيه. فوجود هذا العوض هنا هل يخرجه عن حقيقة الكفالة إلى أمر آخر. أم يبقى كذلك؟

وللناس في ذلك مناح شتى، فالبعض غَضَّ النظر عن هذا العوض وحاول إلغاء أثرِه في صحة الكفالة، ليبقى عقدُ التأمين عقد كفالةٍ.

في حين حوَّل كثيرٌ مِن الباحثين عقد التأمين بسبب العوض فيه عن عقد الكفالة إلى عقود أخرى مسماةٍ في الفقه الإسلامي، سواء أكانت تلك العقودُ مباحةً أم محرمةً، حسب التوجيه الذي استظهره كلٌّ بحسبِ مَا أداه إليه نظرُه واجتهادُه. فيرى بعضُ المجيزين لجميع أنواع التأمين أن عقد التأمين بهذه المعاوضة صار إمَّا عقد إجارة، أو عقدَ جَعَالَة، أو عقد وديعة، أو سَلَم، أو مُضَارَبة، أو كضمان العَاقلة، أو وعداً ملزماً. وجميع ذلك آراء لبعض الباحثين المعاصرين.

أما المانعون فإنهم يرون صيرورته بهذا العوض إلى عقد قِمَار، أو عقد ربا، أو عقد غرر(١٣٢).

ويبقى فريقٌ ثالث يَرَى أن عقد التأمين ليس له أدنى شبه بأي عقد من العُقُود المسمَّاة في الفقه الإسلامي، وإنما هو من العقود المستحدثة التي يلزم إعمال الاجتهاد فيها(١٣٣).

ولقد طال الجدل الفقهي في هذه المسألة جداً بدءاً من كتابات الفقيه الحنفي ابن عابدين

(١٣٢) انظر هذه الآراء ونسبتها لقائليها في كتاب (التأمين، د. سليمان الثنيان).
والتكييف الدقيق في ذلك يحتاج إلى النظر في جزئيات العقد كلٍّ على حدة، وما يمكن أن يُلحَق به من العقود المسماة في الشريعة.

(١٣٣) الوسيط لعبد الرزاق السنهوري (عقود الغرر ١٠٨٩).

(ت١٢٥٢هـ)، والشيخ محمد بخيت المطيعي مفتي مصر والذي ألَّف رسالةً في (أحكام السكورتاه) وطُبعت في مصر سنة ١٣٢٤هـ، مروراً بالمؤتمرات الفقهية التي درست هذا الأمر -وكان أول مؤتمر علمي فقهي يناقش فيه موضوع التأمين هو (أسبوع الفقه الإسلامي الأول) الذي عُقد في دمشق عام ١٣٨٠هـ-، حتى الوقت المعاصر.

ولكن سأقتصر على رأي المجامع الفقهية الكبرى بخصوص ذلك؛ فقد صدر عن المجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة في دورته الأولى ١٠/ ٩/ ١٣٩٨هـ، وعن مجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي في ١٦/ ٤/ ١٤٠٦ هـ. وعن المؤتمر العالمي الأول للاقتصاد الإسلامي بمكة المكرمة عام ١٣٩٦هـ. وبمثله صدر قرار هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية ذو الرقم ٥١ في ٤/ ٤/ ١٣٩٧هـ.

وقد ورد في قرارات هذه المجامع العلمية الكبار ما يفيد بأن عقد التأمين التجاري ممنوع منه شرعاً للغرر فيه. ولأنه لا تتحقق الشروط الشرعية فيه.

وأمَّا عقدُ التأمين التعاوني فإن هذه المجامع قررت جميعاً أنه عقد جائزٌ شرعاً، لأنه من عقودِ التبرعات والإحسان.

الإلزام بالتأمين وأثره:

تُلزم الكثير من الدول مواطنيها ومَن في حُكمهم بالتأمين في بعض جوانبه؛ كالتأمين الصحي، والتأمين على مركبات القيادة، والمنشآت التجارية ونحو ذلك، ولعلَّ هذا الإلزام كان نتيجة للآثار الكبيرة المترتبة على حوادث سير المركبات وخسائرها المادية أو الجسدية، والتي تفاقمت مع كثرة هذه الحوادث وتفشيها في العديد من دول العالم، وهذا مما أدَّى إلى ترتب مسؤوليات كبيرة لم يكن في مقدور العديد من الأفراد تحمل التعويض

عنها، وأدَّى إلى وجود التضرر على الأطراف جميعاً فصاحب الحق يعاني من صعوبة تحصيل الحق والوفاء به مما يضطره للتنازل عن حقِّه أو بعضه، إضافة لشغل أجهزة الأمن والسُّلطات التنفيذية في تحصيل الحقوق المالية الخاصَّة لهذه الحوادث وَشَغْلِ العَاملين بها عن أمور أخرى، أيضاً امتلاء دورِ التوقيف بعدد ممن اشتغلت ذمتهم بشيءٍ من هذه الحقوق. هذه الأمور مجتمعةً جعلت العديد من الدول تفرض إلزامية التأمين على مواطنيها، ومَن في حكمهم مراعاةً لهذا الجانب وحفظاً لأموال الناس وحقوقِهم.

وقد صدر قرار مجلس الوزراء بالمملكة ذو الرقم ٢٢٢، في ١٣/ ٨/ ١٤٢٢هـ والقاضي بإلزامية التأمين على المركبات الأجنبية التي تدخل المملكة العربية السعودية، وعدم السماح بدخول المركبات الأجنبية للمملكة أو عبور أراضيها ما لم تكن مؤمناً عليها تجاه الغير.

وقضى قرار مجلس الوزراء أيضاً بإلزامية التأمين التعاوني على الرخص للمواطنين والأجانب المقيمين في المملكة تجاه الغير دون استثناء.

وهذا القرار بإلزامية التأمين على المركبات والرخص في المملكة هو من (تأمين المسؤولية)، وهو من عقود الإذعان التي يلزم الإتيانُ بها مع عدم المفاصلة في شروطها.

ويُلحَظ من القرار السابق أن التأمين الذي تُلزِم به المملكة نوعان من التأمين:

١) التأمين الشخصي. وذلك ما يعبر عنه (بالتأمين على الرخصة) فيتم بمقتضاه تغطية المسؤولية المدنية الناتجة عن حادث السير لحامل رخصة القيادة في حال قيادتِهِ لمركبةٍ مرخصة بالسير، وتؤهله رخصتُه لقيادة هذه المركبة.

٢) التأمين العيني. وذلك عند التأمين على السيارة بغض النظر عن قائدها، وهو ما اصطلح على تسميته (بالتأمين على المركبة) وبموجبه يتم تغطية آثار المسؤولية المدنية التي تنشأ نتيجة استخدام هذه المركبة على الطرق. وتقوم على فكرة أن المركبات من الآلات

الخطرة التي يمكن أن تحدث ضرراً على الغير، وتكون مسؤولية قائد المركبة كمسؤولية حارس الأشياء.

- أيضاً يُلحظ أن التأمين الإلزامي في المملكة إنما هو (ضد الغير)، وليس لازماً أن يكون شاملاً للضرر الحاصل عليه.

مدى قوَّة التأمين في الحوادث المرورية بالخصوص:

التأمين ضد الغير في الحوادث المرورية بالخصوص له آثار متعددة:

١/ توجيه المطالبة لشركة التأمين مباشرة، دون المؤمِّن.

٢/ عدم إيقاف المتسبب في الضرر المادي توقيفاً استظهارياً؛ لوجود الكفيل المليء الضامن للمال.

٣/ أن الشركات لا تتحمل التبعات الجنائية؛ كالغرامات، والمصادرة كما لا يمنع التأمين مِن الاستيقاف بسبب المساءلة الجنائية.

٤/ ولا بُدَّ هنا مِن التأكيد مرَّة أخرى على مسألة ملاءة شركة التأمين، وأن تكونَ ممن انطبقت عليها شروط الملاءة ليترتب على وثيقتها الآثار السابقة.

٢ - ٣ - كفالة الاستقدام:

عقدُ كفالة الاستقدام هو أحد العقود التي تَسنُّهَا بعضُ الدول حفاظاً على حقوق رعاياها، وحقوق الوَارِدين إليها من غيرهم؛ بقصد الوصول لهدف مَنشُود وهو حفظ الحقوق المترتبة على العقود والأفعال التي تنشأ على تراب هذه البلدان التي سَنَّت هَذه الأنظمة.

وبعض الدول تَشترط الكَفيل لكل وارد للدولة من خارجها. والبعض الآخر -كدول الخليج العربية عموماً- إنما تشترط الكفيلَ فيمَن يقدمُ للدولة بغرض العَمَل، أو لأجل

الإقامة، دون مَن يَقدم لغرض السِّياحة، أو الحجّ والعمرة، أو الزيارة، ونحو ذلك.

ولا شكَّ أنَّ هَذا الهدفَ من تشريع عقد الكفالة له اعتبارُه ومصالحُه التي تقدِّرها الدُّول، لكن ربما صَارَ البَعضُ يستخدم كفالة الاستقدام في أمور لا تجوز شرعاً، وفيما لا يخوّله هذا العقد فعله، مع أنها مسؤولية، أكثر من كونها فائدة؛ كما سيأتي معنا.

لذا هي في الأصل ليست شراً غالباً، وليست نوعاً من الرقِّ العصري المُقنَّن كما يحلو لبعض الأدباء تسميته، وإنما هو عقدٌ وضع لغايةٍ وهدفٍ تنظيمي تحسيني، فيلزم عدم تجاوز هذه الغاية والهدف ليَدخُلَ في باب استغلال السلطة التعاقدية بين طرفي هذا العقد، وذلك بسنِّ أنظمة زجريَّة للمتلاعبين بهذا العقدِ، مع إحياء الجانب التوعوي بالتزاماتِ ومسؤوليات كُلٍّ مِن الطَرفين للآخر؛ لكيلا يكونَ مثل هذه التصرفات الخارجةِ عن الإطار الشرعي لطبيعة العقد سمةً لكثيرٍ مِن الكفلاء.

تعريف (عقد كفالة الاستقدام):

عُرِّفَت كفالة الاستقدام بأنها: «عقد يلتزم بموجبه صاحب العمل للجهات ذات الاختصاص بالدولة بضمان تنفيذ ما يترتب على استقدام العامل من التزامات وفق الأنظمة واللوائح المعتبرة مع الالتزام بإحضاره عند الطلب»(١٣٤).

وهذا التعريف في الحقيقة إنما هو تعريف لعقد كفالة الاستقدام للعمل، لكنه يُؤدِّي الغرض المطلوب في الجملة، لأن هناك كفالةَ استقدام لغير العمل، وهي الطلباتُ المقدَّمةُ مِن غَير السُّعودِيين المقيمين بالمملكة لاستقدام عوائلهم من زوجة وأولادٍ قُصَّر وبناتٍ غيرِ مرتبطات بأزواج.

(١٣٤) الكفالات المعاصرة، د. عبد الرحمن بن سعود الكبير ٢/ ٧٢٠. وانظر تعريفاً آخر في (نظرية الضمان الشخصي، د. محمد إبراهيم الموسى ٢/ ٦١٤).

أيضاً هناك ما يُعبر عنه (بالكفالة التجارية) ويقصد بها الاتفاق الذي يمكِّن فيه المواطن غير المواطن من استخدام الترخيص بمزاولة المهن، أو إقامة المشروعات(١٣٥). ولم يشمله هذا التعريف.

تكييف (عقد الاستقدام):

يعتبر عقدُ الاستقدام للعمل من العقود المُركَّبةِ، فهو عقدٌ مركَّبٌ مِن مجموع عقدين، وهما:

١ - (عقد إجارة خاصة)؛ فينصُّ عقد الاستقدام على وجوب أن يتضمن العقدُ المبرمُ مع المستقدَم على المهنة التي سيزاولها لدى كفيله، ومقدار الأجر الشَّهري.

فيلزم الكفيل أن يوفر عملاً للمكفول.. فإن لم يوجد عنده عمل فإنه يقوم بالإنفاق على العامل، أو إنهاء عقد الكفالة بأحد الأسباب التي سيأتي تعدادها.

فالإتيان بالعُمَّال ثم مُطالبتُهم بإيجادِ عَمَلٍ لهم.. تصرفٌ مخالفٌ للعقد الذي تمَّ إبرامُه؛ لأن العقدَ يَستلزم توفير العمل والأجرة للعامل المكفول.

وكون المُستقْدِم لم يوفِّر عَمَلاً للعامل فإن ذلك لا يُسقط عنه التزامَه بالأجرةٍ المحددة في العقد؛ فيُلزَم ببذلها للعَامل ولو لم يُكلَّف بعمل؛ لأنه أجيرٌ خاص فتُقدَّرُ أجرتُه بالزمن، لا بالعمل.

٢ - (عقد كفالة بالنفس مقيَّدةٌ بمدة الكفالة) فعقد الاستقدام يستلزم الإحضار بالبدن عند الطلب، أو التزام ما عليه بحسب الشروط المحدَّدة.

فالقاعدة أن «الأجانب المستَقدَمين للعمل في المملكة يُعتبرون مَكفُولين حُكماً من قبل الجهة التي استقدمتهم سواء أكانت وزارة أم مصلحة حكومية أو شركة أو مؤسسة أو إحدى

---

(١٣٥) قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي القرار ذو الرقم ١٤٨ (٦/١٦).

البيوت التجارية أو أي جهة أخرى عملاً بأحكام المادة ٤٣ من نظام الإقامة» ؛ كما جاء ذلك في خطاب وزارة الداخلية ذي الرقم ١٥٦٠/١ في ١٤/٧/٩٣هـ(١٣٦).

وَيَلزمُ على هذا التكييف الفقهي لعقد كَفَالةِ الاستقدام العديدُ من الآثار التي تكون مترتبةً على هذا التعاقد للاستقدام، وتكون مُوضِحَةً للمعالِم العامةِ لهذا العقد المستحدث؛ فمن ذلك:

(١): (شروط عقد كفالة الاستقدام). فيُشترط في كفالة الاستقدام مَا يُشترط في عقد الكفالة من الشرط العامة التي تقدمت.

(٢): (أخذ العوض على كفالة الاستقدام). تقدَّم معنا أن عقد الكفالة عقدُ تبرع لا يجوز أخذُ العوض عليه؛ كما هو مذهب جمهور العلماء. ونظراً لأن كفالة الاستقدام عقدُ كفالة بالنفس فإنه يمنع شرعاً أخذُ العوض عليها(١٣٧). وهو ما جاءت به الأنظمة في المملكة فقد منعت الكفيل من أخذ الأجرة من مَكفُولِه على كفالة الاستقدام(١٣٨).

(٣): (توجّه المطالبة). فعقد كفالة الاستقدام يتضمن كفالةً بالبدن، فعندما تترتَّبَ عَلَى العَامل المكفُولِ التزاماتٌ ماليَّةٌ. فإنه يلزم كفيلَه إحضارُه ببدنه إلى جهة الاختصاص.

كما أنها كفالة غرم مقيَّد، فالالتزامات المالية التي تترتب على العاملِ المكفول يضمنها الكفيل بشرط أن يكون هذا الالتزام مبنياً على تعامل مالي مع المكفول نتيجةَ عملٍ مأذونٍ له مِن كفيله به، أو بموافقة كفيله الخطية. وقد صدر الأمر السامي ذو الرقم ١٢٦٣٢ في ١٨/٢/٨٢هـ بأنه لا يجوز التعامل المالي مع أي أجنبي إلا بموافقة كفيله ومُستقدمِه الخطيَّة؛

---

(١٣٦) مرشد إجراءات الحقوق الخاصة ١/٦١.

(١٣٧) وَبه صَدَرَت فتوَى اللَّجنة الدَّائمَة للإفتاء [مجلة البحوث الإسلامية الصادرة من الأمانة العامة لهيئة كبار العلماء بالمملكة عدد ٤١، ص ٥٥]. وانظر: الكفالات المعاصرة ٢/٧٨٠. وفقه البيع والاستيثاق والتطبيق المعاصر ٢/١٣٥٩. ونظرية الضَّمان الشخصي ٢/٦٢١.

(١٣٨) مرشد إجراءات الحقوق الخاصة ١/٥٩. والتصنيف الموضوعي لتعاميم وزارة العدل.

ليكون ذلك مسوغاً لالتزامِه في حالة عجز مكفوله عن أداء مَا يترتب عليه، وفي غير هذه الحالة يكون الدائنُ مفرِّطاً وليس له الرجوع على كفيل الشخص الأجنبي(١٣٩).

فنصَّت الأنظمة في المملكة على أنه إذا كانت هذه الالتزامات بناءً على عمل مأذون فيه فإن كفيل العامل يكون مَسؤولاً عن هذه الالتزامات تفريعاً على ضمِّ ذممهما معاً. وإلا كان تصرفُ العامل تصرفاً فردياً ولا يشملُها عقدُ الكفالة.

وقد تقدَّم معنا أن الكفالة تصحُّ إذا كان المكفول به مجهولاً وسيؤول إلى العلم، ومن تطبيق ذلك الكفالة المالية للعُمَّال فيما يتعلَّق بالعمل المأذون فيه فإنها جهالةٌ تؤول إلى العلم.

(٤): (رجوع الكَفيل على مَكفوله). يجوز للكفيل أن يرجع على مكفوله بما ضمِن عنه، إذا كان بسببٍ منه؛ كما سبق.

وقد ورد في الأنظمة في المملكة أنه يُشكَّلُ في ذلك لجانٌ خاصَّة لبيان مقدار ما يرجع عليه ولفضِّ المنازعات بين العمال المكفولين وكفلائهم (لجان فض المنازعات العمالية) التابعة -حالياً- لوزارة العمل(١٤٠).

(٥): (التزامات الكفيل حال خصومته مع مكفوله). فإن الكفيل إذا كانت بينه وبين مكفوله خلافات فإنه يكون بذلك خصماً كأي خصمٍ آخر، ولا تختصُّ هذه الدعوى بإجراءٍ مخصوص لكونه كفيلاً له.

وبناء على ذلك عمَّمَت وزارة الداخلية تعميماً برقم ١٧/ ٤٧٨٢٢ في ١٦/ ١٠/ ١٤٠٣هـ: «بأن الوزارة لاحظت أن بعض أصحاب الأعمال -الكفلاء- يستقدمون عمالاً

---

(١٣٩) مرشد إجراءات الحقوق الخاصة ١/ ٥٨.
كما كَتبتْ الجَوازات بأن توقيع الوزارة أو المصلحة على استمارات الكفالات لا يعني التزامها بدفع الديون المالية أو أية حقوق تترتب على الأجنبي إذا كانت هذه الديون أو الحقوق تمت بدون سابق علمها أو بدون موافقة خطية من قبلها [مرشد إجراءات الحقوق الخاصة ١/ ٥٩].

(١٤٠) مرشد إجراءات الحقوق الخاصة ١/ ٥٨.

من خارج البلاد، وإذا حدث بينهم خلاف قاموا بإنهاء عقودهم وطالبوا بتوقيفهم لحين ترحيلهم بدعوى انتهاء كفالتهم تبعاً لذلك، كما أنهم يحولون بينهم وبين عرضِ نزاعهم على الجهة القضائية المختصة، ولمَّا كان بعضُ الكفلاء يُسيءُ استعمالَ الرُّخص المخوَّلة لهم تجاه مكفوليهم بتوقيفهم ثم ترحيلهم قبلَ تسوية حقوقهم، وهذا مما يؤدي إلى حرمانهم منها، وإبراءً للذمة وتذكيراً بما ورد بالأنظمة فإن الوزارة تنبه إلى اتباع ما يلي:

١/ لا يجوز توقيف العامل بناءً على طلب كفيله؛ إلا إذا كان لذلك مُوجبٌ شرعي؛ كامتناع العامل عن أداء عمل شرعي مكلف به وفقاً لعقد العمل المبرم بينه وبين كفيله مع استطاعته وقدرته على الأداء.

٢/ إذا ادَّعَى العَامل أو كفيلُهُ وجودَ خلاف بينهما فيكلف المدَّعي بالإسراع بعرض نزاعه على الجهة المختصة للبت فيه خلال مدة سريان العقد أو المدة اللازمة لنظر النزاع على ألا تزيد على شهر من تاريخ انتهاء العقد أو الإقامة المرخص بها، أيهما أسبق، فإن لم يبت في النزاع ورغب الكفيل في إنهاء عقد العمل، فعلى العامل توكيل من يراه لمتابعة الدعوى ومغادرة البلاد.

٣/ تعتبر إقامة العامل على كفالة كفيله إلى أن يغادر البلاد، ويلتزم بجميع نفقاته طوال مدة إقامته، وتعويضه عن الأضرار التي تلحق به من جراء توقيفه أو تعطيله عن مغادرة البلاد إذا ثبت عدم شرعية شكواه. وإذا رفض تسوية حقوق العامل على هذا الوجه فتعرض الإمارة الأمر على الجهة المختصة نظاماً لتقرير ما يتبع.

٤/ على الإمارة أن تعين أحد موظفيها للإسراع في إنهاء هذه المنازعات لدى الجهات المختصة بما يضمن حقوق الطرفين(١٤١).

(١٤١) مرشد إجراءات الحقوق الخاصة ١/ ٥٩.

(٦): (انقضاء كفالة الاستقدام). نصت الأنظمة في المملكة على أن كفالة الاستقدام تنقضي بأمور، وهي -في الجملة- لا تخرج عن أسباب انقضاء عقد الكفالة العامة التي سبق بيانُها، وأسباب انقضاء كفالة الاستقدام نظاماً هي(١٤٢):

أ) موت الكفيل. إذا مات كفيل العامل الأجنبي. فإنه يلزم المكفولَ أن يتقدم إلى مكتب العمل باستدعاء يوضح فيه حالته، ثم يتولَّى مكتبُ العمل النظرَ في الطلب ويَقترح الحل المناسب للعامل؛ إما بنقل الكفالة، أو إعطاء تأشيرة الخروج(١٤٣).

ب) نقل الكفالة لشخص آخر. فإذا انتقلت كفالة العامل لشخص آخر فإن التزامات الكفالة تسقط عن الكفيل الأول فيما يكون بعد نقل الكفالة.

ج) موت العامل المكفول. فإذا مات المكفول فات محل الكفالة فانقضت بذلك. غير أنه يلزم الكفيل بعض الإجراءات التي بينها النظام لإتمام كامل مستخلصات مكفوله.

د) خروج المكفول بتأشيرة خروج نهائي. فالخروج النهائي للمكفول من البلد معناه انتهاء آثار كفالة الاستقدام لصاحب العمل، ولا يكون مسؤولاً عن أي تصرف بعد تاريخ مغادرته للبلاد نهائياً. أما إن كانت تأشيرةُ خروج العامل ليست نهائيةً، فإنه إن عاد إلى البلد فإن آثار الكفالة تبقى مستمرة على الكفيل حينئذ.

التزامات الكفيل ومسؤوليته:

نصَّت الأنظمة في المملكة العربية السعودية على أن للمكفول على كفيله التزامات شرعية، وأدبية يلزمه الوفاءُ بها، ويترتب على الإخلال بها مساءلته؛ فمِن ذلك:

١ - وجوب توفير العمل لدى الكفيل. لأن عقد كفالةِ الاستقدام يُلزم الكفيل بأن يوفر لمكفوله العملَ عنده، وتمنع عمله عند غيره إلا بعد إجراءات معينة.

(١٤٢) الدليل الإرشادي لشؤون الاستقدام ١٧-١٨.
(١٤٣) مرشد إجراءات الحقوق الخاصة ١/٦٥.

٢ - دفع أجرة العامل. لأنه أجير خاص، ومن حقوق العمال شرعاً أنه يجب أن يبيَّن لهم الأجر قبل بدء العمل، فعن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه: «أن رسول الله ﷺ نهى عن استئجار الأجير يعنى حتى يبين له»(١٤٤). وعن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «ومن استأجر أجيراً فليُعلِمْهُ أجرَه»(١٤٥).

كما يجبُ شرعاً إعطاؤه أجرتـه حين تمام عمله على الوجه المطلوب إن كانت الأجرة على العمل، أو عند حلول وقتها إن كانت الأجرةُ مؤقتةً بالزمن كحال الراتب الشهري ونحوه، وعدم تأخيره ومماطلته في ذلك، فعن عبد الله بن عمر أن النبي ﷺ قال: «أعطِ الأجير أجرَه قبل أن يجفَّ عَرَقُه»(١٤٦).

وتأخير الأجرة عن وقتها بغيرِ عُذر ظلم وإثم عظيمٌ عند الله، وقد أوجب الله عقوبةَ مَن فعل ذلك في الدنيا والآخرة قال -عليه الصلاة والسلام-: «ليُّ الواجد يُحِلُّ عِرضَه ومالَه»(١٤٧)، فمماطلة الأُجرَاء والعمال مِن الظلم المُحرَّم الذي يُحِلُّ العِرضَ والمال، بأن يعاقبه القاضي بالعقوبة المناسبة في عرضه وماله، بالحبس والتعزير.

وقد رَوَى البخاري في (الصحيح) عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: قال الله عز وجل: «ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة ومن كنتُ خصمَه خصمتُهُ؛ رجلٌ أعطى بي ثم غدر، ورجل باع حراً فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيراً استوفى منه ولم يوفه»(١٤٨). وعن عبد الله بن عمرو أنه قال لقهرمان له: هل أعطيتَ الرقيقَ قوتَهم؟

(١٤٤) رواه الإمام أحمد (٣/٥٩).
(١٤٥) رواه البيهقي في (السنن الكبرى ٦/١٢٠).
(١٤٦) رواه ابن ماجه (٢٤٤٣)، وغيره. قال المنذري في (الترغيب والترهيب): «وبالجملة فهذا المتن مع غرابته يكتسب بكثرة الإشارة قوة».
(١٤٧) رواه أبو داود (٣٦٣٨)، والنسائي (٤٦٨٩)، وابن ماجه (٢٤٢٧).
(١٤٨) رواه البخاري (٢١١٤).

قال : لا ، قال : فانطَلِقْ فأعطهم ؛ فإن رسول الله ﷺ قال : «كَفَى المَرءَ إثمَاً أن يحبس عمَّن يملك قوتَهم»(١٤٩) .

وبذلك صدرت الكثير من التعاميم بوجوب إتمام تصفية حقوق المكفول عنه ، قبل إنهاء إقامته ؛ بناءً على ما لوحظ على بعض الكفلاء من إساءة الرخص المخولة لهم تجاه مكفوليهم(١٥٠) ، ويحكم ذلك نظام العمل والعمال في المملكة .

٣ : إحضاره المكفولَ عند الطلب . (١٥١) .

- وفي المقابل هناك التزامات على المكفول - أي العامل - نصَّ عليها عقد الاستقدام يلزمُهُ الوفاءُ بها ؛ منها :

١ - العمل عند ربِّ العمل . وعدم العملِ عند غيره إلا في ظروف محددة بينها النظام .

٢ - التقيد بالأنظمة والعادات في المملكة . وعدم الإخلال بشيء منها .

٣ - الأمانة في تأدية العمل . وعدم الغش والخديعة ؛ لقول النبي ﷺ : «إن الله يحب إذا عمل أحدكم عملاً أن يتقنه»(١٥٢) .

وإخلال أحد المتعاقدين (الكفيل ، أو العامل) بشيءٍ من هذه المسؤولية المترتبة على كفالة الاستقدام يُوجِب مساءلته لإخلاله بالعقد المتفق عليه ، وتكون جهة الفصل في ذلك إما المحاكم العامة أو لجان فصل المنازعات حسب نوع الخصومة بين المتعاقدين إما عُمَّاليَّة أو غيرها .

---

(١٤٩) رواه مسلم (٩٩٦).

(١٥٠) انظر: مرشد الإجراءات في الحقوق الخاصة ١/٦٣-٦٤. وقد صدر الأمر السامي ذو الرقم ٨/١٠٧٥ في ٢٤/١٠/١٤٠٨هـ بتعليمات تكفل الحفاظ على حقوق العمال في مواجهة أرباب العمل المتخلفين عن دفع مستحقاتهم.

(١٥١) تقدم ذلك.

(١٥٢) رواه أبو يعلى في (المسند ٧/٣٤٩)، والطبراني في (المعجم الأوسط ٨٩٧) من حديث عائشة رضي الله عنها. قال الهيثمي في (مجمع الزوائد ٤/٩٨): «رواه أبو يعلى وفيه مصعب بن ثابت، وثَّقه ابن حبان وضعَّفه جماعة».

٢ - ٤ - الكفالة بإيداع مبلغ من المال:

من الاستيثاق للحقِّ إيداعُ مبلغٍ من المال لَدَى الجهة المختصَّة يُعَادلُ الحقَّ المدَّعَى به لحين الفَصل في القضية أمام المحاكم العامَّة، ويُطلَق سراحُ المتهم حتى الفصل في قضيته. ويكون هذا المبلغ الذي يقدمه المتهم ضماناً لقيامه بالالتزامات التي تُفرَض عليه مِن استدعاء للحضور، والتحقيق معه ونحو ذلك.

ولهذا النوع من الاستيثاق أصلٌ في الكتابات الفقهية للعلماء الأوائل، ويسمُّونه (ما يوضع على يدي عدلٍ إذا خوصم فيه وما لا يوضع)، وبينوا ما يلزم وضعه وما لا يلزم(١٥٣).

ونطاقُ تطبيقِ هذا النوع من الاستيثاق بإيداع مبلغ من المال مخصوصٌ -نظاماً- بحالات محدَّدة فقط دون غيرها من القضايا، وذلك في الصُّور التالية:

١ - إذا كانت عقوبةُ الجُرم المُسنَد للمَوقوف الغرامة المالية فقط(١٥٤).

٢ - عندما يدان شخص بحادث مروري ونحوه، فينتج عنه إزهاق نفس معصومة، (أي قتلٌ خطأ)، فيقوم بإيداع كامل الدية نقداً أو عيناً بانتظار انتهاء الحق الخاص.

ويكون تقدير هذا المبلغ المُودَع لدى جهة الاختصاص موكلاً للجهة المختصة بمتابعة القضية وإجراءاتها؛ كهيئة التحقيق والادعاء العام، أو هيئة الرقابة والتحقيق، أو غيرها بحسب الاختصاص. مع مراعاة مركز المتهم، وحالته المادية، وخطورة الجريمة، وخشية الهرب، على ألا يقل عن المبلغ مَوضوُع الدعوى(١٥٥).

---

(١٥٣) انظر مثالا كتب فقهاء الحنفية: شرح أدب القاضي للخصاف ٣/١٩٥، وأدب القاضي للحموي ص ٢٦٨. ومن كتب المالكية: التاج والإكليل ٦/١٤٦. ومن كتب الشافعية: أدب القاضي لأبي العباس ابن القاص الشافعي ٢/٤١٤. ومن كتب الحنابلة: الكافي لابن قدامة ٢/١٣٦، كشاف القناع ٣/٣٤٠.

(١٥٤) لائحة الاستيقاف والقبض م ١٦.

(١٥٥) إجراءات التوقيف وتطبيقاته في الإدارة الجنائية، حمد العميل ص ١٩٩. المشروع المقترح لبدائل السجن في المملكة ص ٦. وانظر: بدائل السجون دراسة مقارنة، لحجاب بن عائض الذيابي ص ٧٨.

وقد جاء في قرار مجلس القضاء الأعلى بهيئته الدائمة بتاريخ ١٤١٦هـ(١٥٦) أنه لا يَظهَر ما يمنع من إجابة طلب الجاني من حصر الكفالة الغرمية، أو الرهن، أو إيداع المبلغ بمقدار الإدانة حسب تقرير النسبة؛ على أن القاضي لا يتقيد بالنسبة إذا قامت محاكمة، وإنما يحكم بما يثبت من حق أُدُّعِي به ا. هـ.

٢ - ٥ - الكفالة بضمان مكان الإقامة:

وهذا النوع من الاستيثاق ورد في (نظام الإجراءات الجزائية)، فجاء في (المادة ١٢١) منه ما نصُّه: «في غير الأحوال التي كون الإفراج فيها واجباً، لا يُفرَج عن المتهم إلا بعد أن يُعيَّن له محلٌّ يوافق عليه المحقق».

والمَعْنيُّ بهذا الأمر هو المحقّق الذي يتولى التحقيق في القَضَايا الجنائية مِن أعضاء هيئة التحقيق والادعاء العام، أو مَن يقوم مقامَهم في حالات الندب التي نصَّ عليهم نظام الإجراءات. وليس ذلك مِن اختصاصِ غيرِهم؛ كالجهات التي تقوم بالاستدلال مثلاً.

وتعيين محلّ للإقامة -شرطاً لإطلاق المتهم مِن مكان التوقيف- يَتساهل البعضُ بتسميته ضماناً، وفي الحقيقة أن تسمية هذا الاستيثاق ضماناً فيه شيءٌ من التوسع في استخدام الألفاظ الاصطلاحية ذات المدلول الخاص، نَعَمْ هو استيثاق للحق، لكنَّه ليس ضماناً بالمعنى المتقدِّم، وإن كان يغني عن الضامن والكفيل.

لذا ذكرتُه من باب تتميم الحديث عن أنواع الكفالة والضمان فحسب لا على أنه مِن صور الضمان.

(١٥٦) انظر نص القرار في مجلة العدل الصادرة عن وزارة العدل السعودية العدد الثامن في شوال.

الخاتمة

وبعدُ.. فهذه محاولةٌ لتقريب أحكام الكفالة وصياغتها بأسلوب متسلسلٍ حسب الاستطاعةِ ومنتهى العلم.

وقد فاتني يقيناً مسائل وفروع متعددة.. لأني أحسبُ أن مَا ذُكر هنا هو مَا يُرجع إليه في جُلِّ مسائل هذا الباب، مع إقراري بأن حظي مِن ذلك جمعُ ما تفرَّق في كتب أهل العلم وبُثَّ فيه فحسب. فإن أحسنتُ فمِن الله وإن أسأتُ فمِن نفسي والشيطان.

ويمكننا أن نخرج بأمورٍ بعد تسويد هذه الورقات، ومنها:

١- سعة الشريعة، وضخامة الموروث الفقهي متضحةً في كثرة الفروع الفقهية المُولَّدة في (عقد الكفالة) محل البحث بالخصوص.

وإمكان اتساع دائرة هذه الفروع المُولَّدة للقضايا المستجدة والحديثة من غير تكلّفٍ أو عَنَتٍ.

٢- أهمية أن يكون في المملكة نظامٌ خاص للكفالةِ لقطع النزاع في كثير من القضايا، وحسم الجدل في بعض المسائل محلِّ النظر والاختلاف بين ذوي الاختصاص؛ وذلك باختيار الحاكم لأحد الرأيين في المسألة.

٣- لزوم إعادة النظر في بعض التعاميم المتعلقةِ بعقد الكفالة بالخصوص. وتعديلها بحسب النظر الشرعي أولاً، ثم المصلحي العام ثانياً.